

THÈSE DE
PARIS.
1889
N^o. 34.

UNIVERSITÉ DE FRANCE
FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

LE DOL ET LA FAUTE DES INCAPABLES

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le mardi 2 juillet 1889, à 1 heure

PAR

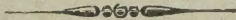
A. DESCHAMPS

AVOCAT A LA COUR D'APPEL
LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS
(PRIX DE LICENCE ET DE DOCTORAT)
LAURÉAT DE L'ACADÉMIE DE LÉGISLATION DE TOULOUSE
(PRIX DU MINISTRE DE L'INSTRUCTION PUBLIQUE)

Président : M. DESJARDINS, professeur.

Suffragants : { MM. LABBÉ,
BEUDANT, } professeurs
LARNAUDE, } agrégé.

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres
matières de l'enseignement



PARIS
A. GIARD, LIBRAIRE-ÉDITEUR
16, RUE SOUFFLOT, 16
1889

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT



Digitized by the Internet Archive
in 2026

UNIVERSITÉ DE FRANCE
FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

LE DOL ET LA FAUTE DES INCAPABLES

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le mardi 2 juillet 1889, à 1 heure

PAR

A. DESCHAMPS

AVOCAT A LA COUR D'APPEL
LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS
(PRIX DE LICENCE ET DE DOCTORAT)
LAURÉAT DE L'ACADÉMIE DE LÉGISLATION DE TOULOUSE
(PRIX DU MINISTRE DE L'INSTRUCTION PUBLIQUE)

ACAD.
JUGD. BAT.
BIBL.

Président : M. DESJARDINS, professeur.

Suffragants : { MM. LABBÉ,
BEUDANT, { professeurs
LARNAUDE, { agrégé.

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres
matières de l'enseignement

PARIS

A. GIARD, LIBRAIRE-ÉDITEUR

16, RUE SOUFFLOT, 16

1889

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LE

DOL ET LA FAUTE DES INCAPABLES

EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS

INTRODUCTION

1. — Le but de cette étude, comme son titre l'indique, n'est point de creuser les notions de faute et de dol pris en soi. Ces deux sources d'obligations ont fait, depuis les Romains, l'objet de trop de commentaires et de trop d'analyses pour qu'il soit profitable de les remettre aujourd'hui sur le métier. La science moderne ne saurait mieux faire, lorsqu'elle cherche une définition du dol, que d'emprunter aux jurisconsultes romains celle qu'ils en ont donnée il y a dix-huit cents ans.

Le dol, disait Labéon, est toutes ruses, fourberies ou manœuvres qui tendent à frustrer un tiers ¹, — défini-

1. — « *Itaque ipse (Labeo) sic definit, dolum malum esse omnem
« calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum,*

tion très large, très vague, mais irréprochable, car le dol est essentiellement une question de fait, comme la mauvaise foi qu'il implique : « *An dolo quid factum sit, ex facto intelligitur* ».

Quant à la faute, c'est tout fait ou toute omission dommageable, sans intention de nuire.

Le dol et la faute peuvent l'un et l'autre consister en un fait ou en une abstention. Ce qui les distingue, c'est uniquement, chez leur auteur, l'existence ou l'absence de l'intention de nuire.

Nous n'en dirons pas davantage sur le dol et la faute considérés en eux-mêmes. Ce que nous nous proposons d'étudier, c'est ce dol et cette faute, lorsqu'ils sont commis par des incapables : mineurs, femmes mariées, interdits, personnes pourvues d'un conseil judiciaire, femmes soumises au régime de la dotalité.

Il y a là toute une région encore inexplorée, une théorie de la jurisprudence en voie de formation et dont les grandes lignes sont heureusement marquées dans de savantes notes de M. Labbé (Sirey, 79, II, 97; — 82, II, 249; — 86, I, 1). Nous voulons rechercher d'abord quelle fut la législation romaine sur ce point, comment il fut réglé dans notre ancien droit écrit et coutumier, et enfin, aidé de ces données historiques, essayer de construire une théorie d'ensemblé, qui puisse être considérée comme l'interprétation exacte de notre législation actuelle.

« *fallendum, decipiendum alterum adhibitam* ». — (L. 1, p. 2, de *dolo malo*, D. 4, 3. — Ulpien).

1. — L. 1, p. 2, de *doli mali et met. except.*, D. 44, 3, — Paul.

2. — Le dol et la faute peuvent se produire soit en dehors de tout contrat, soit à l'occasion d'un contrat. On dit généralement que, dans le premier cas, il y a délit ou quasi-délit, et, dans le second, dol ou faute contractuels.

Est-il besoin de préciser davantage le sens de ces expressions ? Nous n'apprendrons rien à personne en disant que l'existence d'un contrat entre l'auteur et la victime du dol ou de la faute ne fait pas à elle seule que ce dol ou cette faute aient le caractère contractuel. Vous m'avez prêté une somme d'argent : entre nous existent les relations contractuelles de prêteur et d'emprunteur, de créancier et de débiteur. Cependant, je brise avec ou sans intention un objet vous appartenant. Est-ce dol ou faute contractuels ? Certainement non ; car le contrat de prêt et le fait dont je me suis rendu coupable n'ont entre eux aucun rapport. Pour revêtir ce caractère, ou plutôt pour mériter ce nom, il ne suffit donc point que le dol ou la faute aient lieu entre co-contractants ; il faut, en outre, qu'ils intéressent le contrat.

3. — Tel est le langage usuel en cette matière. On ne trouve pas, il est vrai, dans notre Code civil, cette opposition dans les termes. L'expression « délit, quasi-délit » s'y rencontre bien (livre III, titre IV, chap. II) ; mais on y chercherait en vain celle de « dol ou faute contractuels ». Le droit romain, on le verra par la suite, appelait délit aussi bien le dol et la faute dans les contrats que le dol et la faute en dehors des contrats. Nous nous contenterions fort bien, pour notre part, de la terminologie romaine. Sous une apparence moins précise, puisqu'elle

ne fait pas sentir la différence possible entre deux catégories d'hypothèses, elle est peut-être au fond plus exacte et moins dangereuse. Plus exacte, parce qu'elle ne s'inspire point des circonstances extrinsèques du fait pour en changer la dénomination ; moins dangereuse, parce que, d'une part, elle ne risque pas de faire croire que l'obligation de réparer le dommage est une obligation contractuelle dans le cas où le dol ou la faute ont eu lieu à l'occasion d'un contrat, et parce que, d'autre part, elle ne prétend point à une netteté que ne présente certainement pas la distinction dont il est question (v. n° 40).

Il convient cependant d'observer que le Code civil parle du dol et de la faute en deux endroits distincts, une première fois à l'occasion des contrats (art. 1150 et 1151), une seconde fois sous la rubrique *Des Engagements qui se forment sans convention* (art. 1382 et suiv.). L'opposition, si elle ne se trouve pas dans les termes, se rencontre-t-elle au moins dans la réglementation ? On le reconnaît généralement. Le dol et la faute en dehors des contrats semblent être appréciés et poursuivis plus sévèrement (art. 1382) que le dol et la faute commis à l'occasion de contrats (art. 1150 et 1151). C'est, sans aucun doute, cette différence de réglementation qui a fait naître l'opposition de termes, dont nous tenons à bien préciser la portée. Délits et quasi-délits, dol et faute contractuels, sont des expressions rapides et faciles, tirées des circonstances dans lesquelles se sont produits le dol et la faute, et dont on peut se servir pour marquer la différence de réglementation qui résulte de la différence des circonstances. Mais qu'on ne s'en serve point dans le but de

faire naître en l'esprit l'idée d'une différence de nature dans l'obligation de réparer, qui, délictuelle dans un cas, serait contractuelle dans l'autre. Dol et faute délictuels, dol et faute contractuels, nous acceptons donc à la rigueur ces expressions, pourvu qu'on ne leur attache que la portée susdite, et que l'obligation de réparer soit dans tous les cas reconnue délictuelle.

Mais, comme les mots sont par eux-mêmes un préjugé, nous nous abstiendrons ordinairement de ce langage, pour ne parler que du dol et de la faute en dehors des contrats et du dol et de la faute commis à l'occasion des contrats. Que si les autres expressions se rencontrent néanmoins parfois sous notre plume, ce ne sera que pour la brièveté et la rapidité de l'exposition.

4. — Quant aux incapables dont il s'agit ici, ce sont toutes personnes à qui la loi ou la convention ¹ dénie ou retire, dans un but de protection, toute ou partie de la capacité normale. En droit français, cette idée est suffisamment claire par elle-même ; car notre droit ne connaît pas d'autres incapacités que celles qui sont établies dans l'intérêt même de l'incapable : mineur non émancipé ou émancipé, interdit, personnes pourvues d'un conseil judiciaire pour faiblesse d'esprit ou prodigalité, femme mariée, femme soumise au régime de la dotalité ².

1. — Nous faisons allusion au contrat de mariage qui établit le régime dotal.

2. — Nous préjugeons ainsi la question de la nature de l'inaliénabilité dotal, en supposant qu'elle dérive d'une incapacité de la femme (V. n° 29).

— Il y a bien, dans notre droit, une incapacité qui n'est point établie dans l'intérêt de l'incapable, c'est celle qui résulte de l'inter-

A Rome aussi nous trouvons des incapacités de cette nature, comme dans toute législation : impubères, mineurs de vingt-cinq ans, prodigues interdits, femmes en tutelle. Quant au dément, *furiosus*, nous verrons quelle était sa condition. Mais, à côté de ces incapables, il y en avait d'autres, dont l'incapacité était d'une tout autre nature et reposait, non plus sur des considérations tirées de la personne, mais sur des motifs d'organisation sociale. Telles étaient les incapacités du fils de famille, de la personne *in mancipio*, de la femme *in manu* et de l'esclave.

L'incapacité de l'esclave n'est qu'une conséquence du principe qui voit en lui une chose au lieu d'une personne. Quant au fils de famille, ce n'est point proprement une incapacité, dont il est frappé : il est parfaitement capable. Seulement, d'une part, il ne peut rien aliéner, puisqu'il n'a rien ¹, et, d'autre part, tout ce qu'il acquiert est acquis au *paterfamilias*. Il en est de même en matière de contrats : le fils de famille s'oblige valablement, mais il n'oblige pas ses biens, faute d'en avoir ; il peut bien jouer le rôle de créancier, mais la créance est aussitôt acquise à son *paterfamilias*.

Ce ne sont donc point là, à proprement parler, des incapacités. Aussi, au point de vue de l'existence de la responsabilité du dol et de la faute, nous jugeons pouvoir nous dispenser de les faire rentrer dans notre étude. Ce

diction légale (art. 29, C. p. ; loi du 31 mai 1854, art. 1 et 2). Mais, au point de vue qui fait l'objet de cette étude, il n'y a pas de différence entre cet incapable et les autres incapables.

1. — Nous faisons abstraction des pécules et des biens adventices.

n'est pas que ce sujet soit dénué d'intérêt, loin de là : il met en jeu toute la théorie si romaine et si originale des actions noxales. Mais c'est précisément pour cela que nous n'en parlerons point, le système des actions noxales suffisant par lui-même à former l'objet d'une étude très longue et parfaitement indépendante ¹.

5. — Dès lors, le sujet de notre travail se précise. Nous nous plaçons en présence d'un dommage causé par le dol ou la faute d'un incapable, et nous nous demandons si cet incapable doit en être déclaré civilement responsable, s'il est tenu, comme un capable, de réparer les suites dommageables de son dol ou de sa faute.

Il est aujourd'hui universellement admis que les incapables répondent civilement de leur dol et de leur faute en dehors des contrats, c'est-à-dire de ce qu'on appelle leurs délits et quasi-délits.

Pour le dol et la faute qu'ils commettent à l'occasion de contrats, on n'aperçoit pas d'abord aussi nettement la doctrine ni la jurisprudence, et la solution présente, en effet, beaucoup plus de difficultés. La tendance générale est d'établir une distinction très tranchée entre les deux hypothèses et, par conséquent, d'exonérer les incapables de leur dol et de leur faute dans les contrats. On prétend même que c'est là une distinction très ancienne et qui

1. — Ce sujet a été très approfondi dans un récent travail de M. Girard, *Des actions noxales*, dans la *Nouvelle revue historique*, 1887, p. 409; 1888, p. 31. — Outre l'action noxale que le dol ou la faute du fils de famille ou de l'esclave faisait naître contre le maître, une obligation de réparer naissait à la charge du fils ou de l'esclave, — civile, en la personne du fils de famille, — naturelle, en la personne de l'esclave (L. 44, *De oblig. et act.*, D., 44, 7).

remonte aux Romains. Que les jurisconsultes de Rome aient fait une distinction entre le dol et la faute extra-contractuels et le dol et la faute contractuels, notamment aux points de vue de la gravité de la faute ¹ et de la charge de la preuve ², nous le supposons admis et cer-

1. — *In lege Aquilia, et levissima culpa venit* (L. 44, *Ad leg. Aq. D.*, 9, 2). Pour la faute dans les contrats, il y avait, au contraire, une théorie des fautes, déterminant, suivant les contrats, la gravité nécessaire pour entraîner responsabilité. Mais encore cette séparation n'est-elle peut être pas aussi nette qu'on a coutume de le dire : l'*actio legis Aquiliæ* pouvait fort bien être intentée à l'occasion d'une faute commise dans un contrat (v. n° 28) ; et alors cette faute, bien que trop légère pour donner lieu à l'action du contrat, était suffisante pour l'exercice de l'*actio legis Aquiliæ*. On a du moins de bonnes raisons de le supposer (V. Accarias, *Précis de Droit romain*, II, n° 682).

2. — On dit, en effet, communément que, en dehors des contrats, c'est à la victime à prouver la faute dont elle se plaint, au lieu que, dans les contrats, c'est au débiteur qui n'exécute pas son obligation, à prouver qu'il n'est point en faute. Nous ne nous attachons pas ici à contester l'exactitude de cette idée, parce que, de même que la précédente, elle n'a pas d'influence pour la solution de notre question. Nous ne pouvons cependant nous empêcher de remarquer qu'elle n'est peut-être pas aussi certaine qu'elle le paraît. Il nous semble bien plutôt que c'est toujours à l'auteur du dommage de prouver qu'il n'est pas en faute. La victime n'a qu'à établir deux choses : 1° le dommage qu'elle souffre ; 2° qui est l'auteur de ce dommage. N'est-il pas juste, cette double preuve faite, que ce soit ensuite à l'auteur du dommage à prouver qu'il n'est pas en faute ? Cela n'est-il pas conforme à la raison ? Je brise la glace d'un magasin. Les tribunaux demanderont-ils jamais autre chose au propriétaire que de prouver que c'est moi qui l'ai brisée ? Comment d'ailleurs prouverait-il ma faute ? Il ne le pourrait pas le plus souvent. Moi, au contraire, il doit m'être facile de prouver mon innocence. Prouver le fait dommageable et l'auteur équivaut à prouver le contrat. Ce

tain. Mais ce que nous nions fermement, c'est qu'ils aient attaché à cette distinction une importance au point de vue de l'*existence* de la responsabilité chez les incapables. Nous essayerons d'établir que notre Code civil, lui non plus, ne distingue pas à ce point de vue et qu'il n'y a point, en effet, lieu de distinguer, au moins comme principe ¹.

6. — Notre étude se divisera donc en deux parties, d'étendue fort inégale et de caractère très différent. La première traitera du dol et de la faute commis par les incapables en dehors de tout contrat. Elle ne revêtira presque jamais la forme de la discussion, puisque l'accord, on peut le dire, est complet dans la doctrine et dans la jurisprudence. Elle consistera presque exclusivement à déclarer la responsabilité des incapables et à en exposer les raisons.

Dans la deuxième partie, nous envisagerons le dol et la faute commis par les incapables à l'occasion d'un contrat. A la différence de la première, elle sera un continuel débat, dont le fond sera toujours la question suivante : La faute et le dol, parce qu'ils se produisent à l'occasion d'un contrat, changent-ils de nature ? L'obligation de réparer, de délictuelle devient-elle contractuelle ?

Nous étudierons successivement, dans chacune de ces parties, d'abord la législation romaine, puis la législation

preuves faites, la condition de l'auteur du dommage n'a pas de raison de différer.

1. — Car il y a une sorte de faute, la faute négative, celle qui ne consiste que dans l'inexécution d'obligations purement contractuelles, pour laquelle il est vrai de dire que les incapables ne sont point tenus, au moins lorsqu'ils n'ont pas valablement contracté (v. nos 45-48).

française, en la faisant précéder de recherches historiques sur notre ancien droit.

Ce qui nous décide à adopter ce plan, c'est l'état de la doctrine et de la jurisprudence, unanimes sur le premier point, moins fermes et moins nettes sur le second, et notre propre intention de nous opposer à la tendance générale sur celui-ci, en nous ralliant pleinement à l'opinion universelle sur celui-là. On reprochera peut-être à ce plan de n'être point tiré de la nature des choses, d'autant que nous donnons une solution unique dans toutes les hypothèses. Si nous le maintenons néanmoins, c'est que nous le jugeons le plus facile et le plus expédient pour l'exposition et surtout la discussion, ce qui, à notre avis, prime toute autre considération. Il présente, en outre, l'avantage d'éviter des redites, en nous permettant de grouper en un même chapitre tout un ensemble de notions générales, communes au droit romain et au droit français, d'abord sur le dol et la faute en dehors des contrats, puis sur le dol et la faute à l'occasion de contrats.

Notons enfin que c'est uniquement au point de vue du droit civil que nous nous plaçons, en laissant de côté le point de vue du droit pénal.

7. — Sous une apparence restreinte, notre sujet touche à une théorie juridique des plus larges, remise toute entière en question depuis quelques années, et qui a le don de passionner non-seulement les jurisconsultes, mais aussi les politiques. Sous l'influence des tendances démocratiques modernes, et comme pour montrer une fois de plus les rapports intimes de la politique et du droit même privé, les questions de responsabilité entre patrons et

ouvriers ont pris dans l'opinion une importance énorme et revêtu la forme de la discussion la plus vive et la plus passionnée.

En présence d'un accident survenu à l'ouvrier dans l'accomplissement de son travail, une importante question de preuve est mise en jeu. Est-ce à l'ouvrier, qui demande réparation, de prouver la faute du patron; ou bien, au contraire, est-ce au patron d'établir qu'il n'est pas en faute? C'est la vieille distinction entre la faute contractuelle et la faute délictuelle qui fait les frais de la dispute. Les politiques, disposant d'un moyen radical et très simple pour imposer la solution de leur choix, déposent sur les bureaux des Chambres des propositions de lois. Sur ce terrain, le droit, hélas! n'a pas grand'chose à faire : la question n'est plus que l'une des faces de la grande question sociale, et la lutte de l'ouvrier contre le patron reflète trop vivement la lutte plus générale du salarié contre le capitaliste. La tendance très marquée est de rejeter sur le patron la charge de la preuve, en le présumant ainsi en faute.

Mais si, chez les politiques, cette solution est souvent inspirée par les passions ou les intérêts de parti, il faut reconnaître que parmi les jurisconsultes, et des plus célèbres, et des plus indépendants, il s'en est trouvé pour la défendre dans l'intérêt unique du droit et de la justice. Considérant comme indiscutable la distinction de la faute délictuelle et de la faute contractuelle, ils se sont efforcés de démontrer que, dans le contrat de louages de service, c'est une faute contractuelle qu'allègue à la charge du patron l'ouvrier victime d'un accident. Ils font une assimilation complète entre le louage de services et le louage

de choses : l'ouvrier est une chose louée, et qu'on doit rendre intacte ; si elle est endommagée, au débiteur, c'est-à-dire au patron, de prouver la force majeure ou le cas fortuit qui le libère (art. 1302. C. c.) Il n'est donc pas besoin de loi nouvelle pour établir cette situation ¹.

L'extension de la faute contractuelle au louage de services pour les accidents survenus à l'ouvrier, d'abord fort contestable en elle-même et fort contestée, a amené certains jurisconsultes à pousser plus loin la réfutation de la théorie nouvelle, et à nier la distinction même de la faute délictuelle et de la faute contractuelle : toute faute, « toute responsabilité est nécessairement délictuelle ² ».

On voit en quoi cette importante controverse intéresse notre sujet. Soulevée à l'occasion d'une question de preuve, elle met en discussion la nature même de la responsabilité. Or, s'il est prouvé qu'il n'existe qu'une responsabilité unique, toujours la même, quelles que soient les circonstances dans lesquelles le dommage a été causé, cette identité de nature nous paraît forcément entraîner

1. — Saintelette, *De la responsabilité et de la garantie*. — Sauzet, *De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels*, Rev. crit. 1883, p. 596; — Labbé, note dans Journal du Palais, *Jurisp. étrangère*, p. 33; — Glasson, *Le code civil et la question ouvrière*. — V. aussi : Vavasseur, Journal *La Loi*, 2 juillet 1885. — V. la même théorie appliquée au contrat de transport de voyageurs, par M. Ch. Lyon-Caen, sous Cass. 10 novembre 1884 (S., 85. I, 129).

Contrà, Arthur Desjardins, *Le Code civil et les ouvriers*, dans la *Revue des Deux Mondes*, mars 1888, p. 350.

2. — *De la Responsabilité....*, par M. Lefebvre, *Revue crit.*, 1886, p. 485. — V. aussi : Robin, *De la Responsabilité...., notamment au point de vue du fardeau de la preuve*, Thèse de doctorat, Paris 1887.

identité de solutions au point de vue de l'*existence* de la responsabilité chez les incapables.

La démonstration de l'identité de nature de la responsabilité entraîne même à notre point de vue un résultat plus certain qu'au point de vue de la charge de la preuve ; car l'existence d'un contrat peut bien, même alors, modifier la question de preuve, puisqu'il crée des obligations, au lieu que nous ne voyons pas en quoi ce contrat peut influencer sur l'existence de la responsabilité, puisqu'il ne modifie pas la nature de cette responsabilité ¹.

Notre sujet se relie donc de près à l'une des grandes questions juridiques aujourd'hui agitées. Que si ce côté de la question n'a pas encore été soulevé et discuté dans le monde de la politique, c'est qu'il ne concerne en rien les idées démocratiques : l'ouvrier comme le patron, le locataire comme le propriétaire, le pauvre et le riche, le faible et le puissant sont égaux quant à la capacité juridique ; tous ont été, sont ou peuvent devenir incapables. La capacité et l'incapacité ne tiennent en rien à la condition sociale.

Est-ce à dire que, ramenée à notre point de vue spécial, la grande question de la responsabilité délictuelle et contractuelle perde de son intérêt ? Ce peut être l'avis des politiques, ce ne sera jamais celui des jurisconsultes.

1. — La théorie de la faute délictuelle et de la faute contractuelle fait aussi le fond d'un débat important sur la responsabilité du locataire vis-à-vis du bailleur, en cas d'incendie. Une loi du 5 janvier 1883 est venue à ce sujet modifier l'article 1734 du Code civil ; elle a donné lieu à de nombreuses et très grandes difficultés.

Bien au contraire, dégagée des intérêts et des passions de secte, la question apparaît plus nette et plus pure, et l'homme de droit la peut étudier à l'abri de toute influence des courants d'opinion.

PREMIÈRE PARTIE

Dol et faute des incapables en dehors des contrats.

CHAP. I. — THÉORIE GÉNÉRALE

8. — Il nous faut, avant d'entrer en matière, mettre l'esprit en garde contre une confusion que pourrait produire la différence de la législation romaine et de la législation française, quant aux faits considérés comme délits au point de vue pénal et au point de vue civil. Beaucoup de faits illicites que nous regardons aujourd'hui comme relevant avant tout du droit pénal étaient à Rome considérés comme faits de droit privé, délits de droit civil (*furtum, rapina, injuria*). Il ne faudra donc pas s'étonner si, dans la partie romaine de cette étude, nous parlons, par exemple, du *furtum* : c'est bien exactement un cas, et des plus importants, de dol dans le droit privé romain.

9. — Les incapables répondent de leur dol et de leur faute en dehors des contrats. Cette règle certaine est constatée et appliquée, en droit romain, par des textes nombreux, et se trouve écrite aujourd'hui dans l'article 1310 de notre Code civil.

La condition de l'impubère, à Rome, va nous amener

à exposer un ensemble d'idées qui, constituant le fond même de la matière, peut être présenté comme la théorie générale de la responsabilité délictuelle des incapables, commune au droit romain et au droit français.

Les jurisconsultes romains s'accordent tous à dire que l'impubère, pourvu qu'il soit *doli aut culpæ capax*, s'oblige par son dol et par sa faute, bien qu'il rende ainsi sa condition pire.

Que faut-il entendre, d'abord, par cette *doli capacitas*? L'intelligence suffisante de la notion de bien et de mal. C'est donc essentiellement question de fait pour chaque individu. Les textes, à la vérité, nous disent bien que celui-là est *doli capax* qui est *proximus pubertati*; ils semblent ainsi fixer une époque, un âge déterminé, à compter duquel on est capable de dol. Mais ce n'est là qu'une illusion, un cercle vicieux; car, si nous recherchons qui est *pubertati proximus*, les mêmes textes nous répondent que c'est celui qui est *capax doli*. Ces deux expressions ne sont donc pas la définition l'une de l'autre, et cela nous ramène à constater que la *capacitas doli* ou *pubertati proximitas* est pure question de fait ¹. Tel impubère, qui a causé un dommage, était-il à ce moment doué d'un développement intellectuel suffisant pour apprécier la légitimité ou l'illégitimité de son action, sa moralité ou son immoralité? Si oui, il est *doli capax, proximus pubertati* et, par là même, tenu de réparer le dommage qu'il a causé ².

1. — Albert Desjardins, *Traité du vol*, n° 123.

2. — Dans notre droit pénal français, la question de discernement est expressément posée (art. 340, Instr. cr., et 66, C. pén.).

Le droit positif pourrait, certes, établir une présomption légale de *doli capacitas*, comme il a fixé un âge de capacité contractuelle. Et alors on dirait que le *proximus pubertati* est l'impubère de dix ou douze ans, par exemple. C'est bien à cela qu'on s'attend, lorsqu'on voit proclamer que le *doli capax* est le *pubertati proximus*. Mais non, la loi romaine n'a point établi de limite arbitraire qui pût lier le juge ; elle a compris qu'il y avait là essentiellement une question de fait, qu'il convient de laisser régler au juge suivant les circonstances ¹.

10. — Pourquoi fixer un âge précis où commence la capacité contractuelle, et s'abstenir de ce procédé lorsqu'il s'agit de la capacité délictuelle ? L'une et l'autre consistent bien pourtant en un état également subjectif, également variable suivant l'individu !

Cela est vrai. Mais la seconde est incontestablement plus facile à apprécier que la première. Le dol est une idée simple, la même au fond sous la multiplicité et la variété des formes : dol, c'est mauvaise foi, volonté et conscience du mal causé. La recherche du juge, son investigation, porteront donc invariablement sur le même point : l'auteur du dommage a-t-il ou non agi avec l'intention de nuire ? — La capacité contractuelle, au contraire, de sa nature n'est pas une ni générale. Tel, qui est apte à négocier les affaires courantes de la vie civile, ne l'est plus lorsqu'il s'agit d'opérations moins ordinaires, plus compliquées. Tel autre, dont l'entendement s'élève aux plus hauts problèmes de la métaphysique, mériterait

1. — V. Accarias, *Précis de Droit Romain*, t. I, n° 155. — Ihering, *De la Faute en droit privé*, p. 48.

d'être rangé, au point de vue des affaires, dans la classe des *infantia proximi*. Comment laisser au juge l'appréciation d'une capacité aussi fuyante, et qui varie, non-seulement avec les individus, mais aussi avec les espèces ? Qui oserait contracter ? Où serait la sécurité ?

Ajoutez à cela qu'il y a bien moins d'inconvénients à risquer de faire survivre l'incapacité civile à l'incapacité naturelle en matière de contrats qu'il y en aurait à faire survivre parfois l'incapacité civile de dol à l'incapacité naturelle. A côté de l'incapacité de contracter est organisé un système de représentation ou d'habilitation de l'incapable. On ne saurait parler de rien d'analogue pour la capacité délictuelle. Fixer un âge à compter seulement duquel on répondrait de son dol, serait donc livrer les tiers pieds et poings liés à l'incapable, sans aucun moyen de se prémunir contre lui, alors cependant que cet incapable est en fait responsable de son dol.

Aussi les législations modernes ont-elles suivi en cela la législation romaine. Il pourrait même paraître que notre droit français l'a dépassée à ce point de vue : jusqu'à l'âge de sept ans, en effet, l'impubère romain ne répondait pas de son dol ; or, notre droit, lui, ne fixe aucune limite. Mais est-ce bien un progrès, ou même un changement ? Non, en réalité, rien n'est changé ; car, avant cet âge, est-on jamais en fait capable de dol ? La règle romaine n'était donc autre chose que la constatation d'un fait.

11. — La *capacitas doli* reste une capacité naturelle. En est-il de même pour la faute ? Tout d'abord, peut-on parler d'une *capacitas culpæ* ?

Non, dans un langage rigoureusement exact. L'assemblage de ces deux mots paraît même jurer, capacité supposant une aptitude intellectuelle, et faute, l'absence de réflexion. Nous trouvons pourtant l'expression dans un texte d'Ulpien : « *Nos putamus cum impubere culpæ capace Aquilia agi posse* » ¹. Alors, par capacité de faute on veut dire développement intellectuel suffisant pour permettre la réflexion, la connaissance des règles au moins élémentaires de la prudence. En d'autres termes, se demander si une personne est capable de faute, c'est se demander si elle peut être regardée comme n'en devant pas commettre, c'est rechercher si elle est apte à apprécier le danger de tel fait, l'utilité ou l'urgence de telle précaution.

Il est peut-être moins facile pour la faute que pour le dol d'expliquer que le législateur n'ait point fixé d'âge précis à partir duquel on en répondait ; car il est à coup sûr moins aisé d'apprécier la faute, qui suppose le développement intellectuel, que de découvrir le dol, qui ne suppose que le développement moral. A ce point de vue, la capacité de faute tient le milieu entre la capacité de dol et la capacité contractuelle. Il est plus naturel de la rapprocher de la première, le dol et la faute étant l'un et l'autre des faits illicites, source d'obligation bien distincte des contrats.

Quoi qu'il en soit, la *capacitas culpæ*, comme la *capacitas doli*, reste une capacité naturelle. Il va de soi qu'en fait elle sera toujours postérieure à la capacité de dol.

1. — L. 23, de *Furtis*, D., 47, 2.

12. — Il nous faut maintenant prévoir une question qu'on pourrait nous faire. La faute ne suppose pas l'intention, et même elle l'exclut ; c'est ce qui la distingue du dol. Dès lors, pourquoi parler d'une capacité de faute ? Tout dommage causé sans intention de nuire est une faute, et l'enfant même en bas âge doit en répondre ! Le fou lui-même doit en être tenu, puisque l'intention, la volonté ne sont point nécessaires à constituer la faute.

On est, en effet, allé de nos jours jusqu'à soutenir cela ¹. Il en fut ainsi à Rome, dans le premier état du droit, à cette époque encore barbare où la passion était le sentiment juridique dominant et inspirant tout le droit, et où, par suite, ne s'était pas encore révélée la distinction si raisonnable et si juste entre le dol, la faute et le fait ². La réponse, en effet, se trouve dans la distinction entre ces trois catégories d'actes dommageables.

Il ne suffit point qu'un dommage soit causé pour qu'il oblige son auteur à en fournir réparation : il est de toute nécessité que ce dommage lui soit imputable. Or, si l'imputabilité ne suppose pas nécessairement l'intention, elle suppose au moins l'oubli blâmable des règles de la prudence et, par là même, l'aptitude à concevoir ces règles, aptitude que personne ne prétendra trouver chez l'enfant en bas âge ou chez le dément. La faute et le fait présentent, à la vérité, ce trait commun qu'ils excluent l'intention de nuire ; mais ils se distinguent très nettement en ce que l'une est imputable, reprochable à son auteur, tan-

1. — V. n° 26.

2. — V. n° 23.

dis que l'autre ne l'est pas ¹. Voilà pourquoi l'enfant très jeune et le fou ne sont point tenus du dommage qu'ils causent, bien que l'intention ne soit pas requise pour la responsabilité, et pourquoi il est exact de parler, au sens où l'on prend ce mot, d'une capacité de faute. La cause de l'obligation n'est point le dommage, c'est l'imputabilité; le dommage ne sert qu'à déterminer l'étendue de l'obligation.

Les personnes saines d'esprit et parvenues à tout leur développement intellectuel ne sont point, elles-mêmes, obligées par leur fait. Or, de l'enfant en bas-âge et du fou ne peuvent émaner que des faits. Le dommage qu'ils causent ne leur est pas plus imputable qu'à la tuile qui tombe d'un toit et blesse un passant ².

13. — Capacité de dol et de faute, c'est donc, en somme, responsabilité, dans le sens usuel de l'expression. Et cette expression est beaucoup plus exacte que celle de capacité. Outre qu'elle a le mérite d'éviter toute confusion malencontreuse avec la capacité proprement dite, à savoir la capacité contractuelle, elle a l'avantage de bien faire sentir qu'il s'agit ici d'une pure question de fait, ou, si l'on veut, d'une simple capacité naturelle.

C'est qu'en effet l'on a tort de présenter souvent la responsabilité des incapables comme une dérogation, une exception à leur incapacité. Ce sont là deux ordres d'idées bien distincts, et qui n'ont rien de commun. Dans un cas, il s'agit de responsabilité, c'est-à-dire d'une chose

1. — V. les exemples classiques donnés aux *Institutes*, par. 3 et suiv., de *leg. Aquil.*, livre IV, t. 3.

2. — L. 5, p. 2, *ad leg. Aquil.* D., 9, 2, Ulpien.

indépendante de la volonté, et dans l'autre, de la capacité de s'obliger volontairement. Dans les deux cas, sans doute, c'est l'obligation de l'incapable qui est en question; mais la source de cette obligation est fort différente. Les incapacités n'ont jamais eu pour base que la défiance de l'intelligence et de la volonté de ceux qu'elles frappent, et pour but que de protéger ces personnes ou leur famille contre les actes irréfléchis de leur volonté. En d'autres termes, il n'y a jamais eu que des incapacités de contracter ¹, c'est-à-dire de s'obliger volontairement. Elles n'ont jamais atteint et n'ont point à atteindre les obligations qui tombent à notre charge sans que nous le voulions et même malgré nous.

Cette idée, bien que certaine en elle-même, demande pourtant quelques développements; car, même en admettant que les incapacités légales ne concernent que les obligations ou actes qui émanent directement de la volonté, on pourrait prétendre que ces incapacités embrassent l'obligation de réparer qui naît du dol ou de la faute. L'acte dommageable, dirait-on, est bien un acte de volonté. Celui qui méchamment détériore la chose d'autrui, ou l'endommage, faute d'avoir prévu les suites de son action et d'avoir pris les précautions nécessaires, a certainement voulu le fait qu'il a accompli. L'incapacité légale doit donc venir le protéger.

Ce n'est là rien moins qu'une illusion, conséquence d'une insuffisante analyse. La loi protège les incapables

1. — Voir l'article 1124 de notre Code civil: « Les incapables de contracter sont... »

contre leur volonté de s'obliger. Et bien, celui qui commet un dol ou une faute, veut-il donc s'obliger ? On ne risque point de méconnaître son intention en répondant négativement. L'auteur du dol, sans doute, a bien voulu le fait dolosif ; mais il a voulu ce fait seulement, et non pas l'obligation d'en réparer les suites. Il l'a si peu voulue, cette obligation, que son premier soin, aussitôt le fait accompli, sera ordinairement de le nier et de détourner les soupçons. Quant à l'auteur de la faute, non-seulement il n'a pas voulu s'obliger, mais même il n'a pas voulu le dommage, au point que son premier sentiment sera le regret, et parfois le désespoir. M. l'avocat général Rouland, dans de remarquables conclusions sur une espèce soumise à la Cour de Cassation le 23 nov. 1852 ¹, a magistralement dessiné ces nuances : « Lorsqu'il s'agit
« du quasi-délit, dit-il, le fait qui le constitue peut bien
« être rattaché à la volonté de l'homme, mais cette volon-
« té ne va pas plus loin ; elle n'entend créer aucun enga-
« gement ; et si une obligation doit naître du quasi-délit,
« assurément la volonté du quasi-délinquant, quant à ce,
« n'y est pour rien. Il n'a point méfait tout exprès pour
« s'obliger. Celui qui trompe veut bien le succès de sa
« tromperie, mais il n'en veut ni le châtiment ni la répa-
« ration. C'est donc la *loi* qui force le coupable à subir une
« obligation qu'il repousserait, et qui, indépendamment
« de sa volonté, le répute engagé vis-à-vis de la personne
« lésée... Le quasi-délinquant n'est pas censé *accepter*

1. — Sirey, 1852, I, 769. — Dans l'espèce, il s'agissait d'un dol en matière de contrats ; mais les conclusions de M. l'avocat général Rouland n'en ont que plus de force à notre point de vue.

« les conséquences du méfait ; il les *subit* ». Les incapables, dès que le dommage leur est imputable, doivent donc être tenus de le réparer au même titre que les capables, puisque, pour les uns comme pour les autres, l'obligation naît indépendamment de la volonté.

14. — En résumé, c'est de responsabilité qu'il s'agit, non de capacité. Rechercher si une personne est, suivant le langage des textes romains et suivant le langage usité même aujourd'hui, capable de dol ou capable de faute, c'est rechercher si tel fait dommageable lui est imputable. En ce sens, imputabilité et responsabilité sont synonymes.

Dans un sens maintenant exclusivement juridique, responsabilité, c'est obligation de réparer. Mais, comme la responsabilité juridique correspond toujours à la responsabilité naturelle, c'est en ce double sens qu'il convient d'entendre le mot responsabilité toutes les fois qu'il sera employé.

Quand donc nous verrons que tel incapable est responsable, est tenu de tel fait de dol ou de faute, cela signifiera implicitement que ce fait lui est imputable, que cet incapable est *capax doli aut culpæ* ; en un mot et en dernière analyse, cela voudra dire qu'on est en présence d'un dol ou d'une faute.

CHAP. II. — DROIT ROMAIN

15. — Il est certain, avons-nous dit, que les incapables répondaient, à Rome, de leur dol et leur faute en dehors des contrats. Des textes nombreux et précis le prouvent d'une façon décisive.

Les Romains avaient distingué certains faits de dol et de faute, qu'ils considéraient comme particulièrement graves, et dont la répression était organisée sous forme d'actions spéciales. C'étaient les cas rentrant dans le *furtum*, la *rapina*, l'*injuria*, et le *damnum legis Aquiliæ*. Ces faits illicites et dommageables constituaient les quatre *delicta privata*. Recherchons d'abord si les actions qui naissaient de ces délits étaient données contre les incapables.

Nous prendrons, dans cette recherche, comme type d'incapable, l'impubère, les résultats auxquels nous aboutissons en ce qui le concerne devant s'appliquer à *fortiori* aux autres incapables.

Les Institutes nous montrent l'impubère responsable de son dol sous la forme du délit spécial de vol : « *In summa sciendum est quæsitum esse an impubes, rem alienam amovendo, furtum faciat? Et placet, quia furtum ex affectu consistit, ita demum obligari eo crimine impube-*

« rem, si proximus pubertati sit, et ob id intelligat se de-
« linquere » ¹. Ce texte fait très bien sentir que la capacité
délictuelle est une capacité naturelle : l'impubère répond
du vol qu'il a commis, s'il comprend que ce qu'il fait est
mal, *quia furtum ex affectu consistit*. Dans ce cas, la *con-*
dictio furtiva compétera contre lui comme l'*actio furti*.

D'autres fragments du Digeste, en grand nombre,
montrent clairement que cette responsabilité de l'impu-
bère, pour le *furtum* dont il s'est rendu coupable, n'est
que l'application d'un principe plus général, suivant le-
quel il est tenu des suites de ses délits. Ulpien déclare que
l'impubère n'est point tenu de l'*actio injuriarum* ², ni
de l'*actio vi bonorum raptorum* ³, s'il n'est pas *capax*
doli. Donc, par un argument à *contrario* qui s'impose, il
est tenu de ces mêmes actions, s'il est capable de dol.
Gaius nous présente cette règle sous une forme affirma-
tive : « *Pupillum, qui proximus pubertati sit, capacem*
esse et furandi et injuriæ faciendæ » ⁴.

Mais il n'est question, dans ces textes, que des délits
intentionnels : le *furtum*, la *rapina*, l'*injuria*, sont essen-
tiellement des faits dolosifs, qui supposent l'intention de
nuire. L'impubère répondait-il également du délit de la
loi Aquilia, qui ne suppose pas nécessairement le dol, qui
peut consister en une simple faute? Ulpien nous rensei-

1. — Inst., par. 18, de *Obligat. quæ ex delicto nascuntur*, livre IV,
t. 1.

2. — L. 3, p. de *injuriis*, D., 47, 10.

3. — L. 2, p. 17, *vi bon. rapt.*, D., 47, 7.

4. — L. 111, pr., de *reg. jur.*, D., 50, 17. — V. aussi : C. 7, de
pænis, C., 9, 47.

gne pleinement à ce sujet. Après avoir déclaré l'impubère *doli capax* responsable du délit intentionnel de vol, il ajoute : « *Item posse cum impubere damni injuria agi, quia id furtum* ¹ *ab impubere fit : sed modum esse adhibendum ait (Julianus) ; nam in infantes id non cadere ; nos putamus, cum impubere culpæ capace, Aquilia agi posse* ² ». En présence de ce texte, et malgré le rapprochement fait par le jurisconsulte entre le *furtum* et le *damnum injuriæ*, on serait mal fondé à prétendre qu'Ulpien sous-entend qu'il s'agit d'un dommage causé par dol, sous prétexte que, si l'*actio legis Aquiliæ* n'exige pas le dol, elle ne l'exclut pas non plus. Le fragment suppose expressément l'impubère *capax culpæ* ; c'est assez dire qu'il parle de tout délit Aquilien, et même plus spécialement de celui qui n'est commis que par faute.

Quant au tempérament que Julien, au dire d'Ulpien, voulait qu'on apportât à la règle de la responsabilité, il ne touche en rien à la mesure de cette responsabilité. Le jurisconsulte entend simplement que les *infantes* ne sont pas capables de faute.

L'impubère répond donc même de sa faute, au moins lorsqu'elle revêt le caractère du délit Aquilien. Cela suffit à montrer qu'il doit être tenu, en principe, de réparer tout dommage qui lui est imputable ; car, *in lege Aquilia, etiam levissima culpa venit* ³. Toutefois, il y a

1. — *Furtum*, pris ici, sans doute, dans un sens large, pour délit.

2. — L. 23, *de furtis*, D., 47, 2. — V. aussi : L. 5, p. 2, *in fine*, *ad leg. Aquil.*, D., 9, 2, Ulpien.

3. — L. 44. *pr.*, *ad leg. Aquil.*, D., 9, 2.

lieu de remarquer, à ce propos, qu'il est possible que telle faute Aquilienne, dont un pubère répondrait, n'incombe point pourtant à l'impubère, parce que, précisément à raison de son moindre développement intellectuel, il peut n'être pas, en fait, capable de cette faute. En d'autres termes, tel fait dommageable, qui est une faute chez un pubère, peut n'être qu'un simple fait de la part d'un impubère. Ce n'est là d'ailleurs que l'application normale de ce principe que la capacité délictuelle, ou responsabilité, est une capacité naturelle.

16. — L'impubère répond de son dol et de sa faute, au moins sous forme de délit spécial ; et, en conséquence, il est tenu des actions *furti*, *rapinæ*, *injuriæ*, *legis Aquiliæ*. Est-ce à dire que toutes les conséquences de ces actions se produiront contre lui comme contre un pubère ?

Les textes signalent une différence. Ces actions auront à l'égard de l'impubère des effets moins rigoureux ; mais, et c'est là ce qui nous importe, l'adoucissement ne portera que sur les conséquences pénales ¹ du délit, et nullement sur les conséquences civiles. L'obligation de réparer restera entière.

C'est ainsi qu'Ulpien, parlant, il est vrai, d'un mineur de vingt-cinq ans, donne une décision qu'à coup sûr il n'est point téméraire d'étendre à *fortiori* à l'impubère : « *Ergo et si potuit pro fure damnum decidere magis quam actionem dupli vel quadrupli pati, ei subvenietur* ² ».

1. — « nisi quatenus interdum miseratio ætatis ad medietatem pœnam judicem produxerit ». L. 37, p. 1, de minor... D., 4, 4. Tryphoninus.

2. — L. 9, p. 2, eod tit.

Il s'agit des cas où l'on peut, en transigeant, éviter la condamnation au double ou au quadruple qu'entraîne l'*actio furti*. Un mineur de vingt-cinq ans, poursuivi par cette action, néglige de transiger, ou bien même s'y refuse. Il sera condamné au double ou au quadruple ; mais le préteur le relèvera de cette peine.

De même, l'*actio legis Aquiliæ* est une de celles *quæ infitiatione duplantur* ¹. Or, le même texte d'Ulpien nous apprend que le préteur relèvera le mineur de vingt-cinq ans, et, par suite, l'impubère, des conséquences de cette règle. « *Sed si, cum ex damno dato confiteri possit ne dupli teneatur, maluit negare : in hoc solum restituendus sit, ut pro confesso habeatur* » ². L'impubère qui nie être l'auteur du dommage qu'il a causé sera condamné au double ; car ainsi le veut le droit civil, la loi Aquilia, qui n'a point distingué entre les capables et les incapables. Mais le préteur accordera à cet impubère la *restitutio in integrum* dans la mesure de ce qui excède le simple ³.

Il reste à nous demander pourquoi l'impubère ou le mineur, sujets à l'*actio legis Aquiliæ*, ne sont pas cependant soumis à toutes les conséquences de cette action. La raison en est facile à donner. Si la condamnation au double est encourue, ce n'est pas à raison de la gravité de la faute

1. — L. 2, p. 1 ; — D. 23, p. 10, *ad leg. Aquil.*, D. 19, 2.

2. — Il semble alors que l'expression *restitutio in integrum* soit quelque peu incorrecte, de même, d'ailleurs, que dans l'espèce précédente d'*actio furti* ; car l'impubère n'est point restitué *en entier* contre la condamnation. Pourtant, cette critique n'est pas fondée. Il y a bien restitution en entier contre l'*infittatio*, ou contre le refus de transiger sur l'*actio furti*, et c'est de cela seulement qu'il s'agit.

3. — V. aussi : Gaius, IV, 172.

qui sert de base à l'action, sans quoi elle devrait frapper même en cas d'aveu, — mais à raison d'une faute nouvelle, commise au cours de l'instance, et qui consiste dans l'*infitiatio* elle-même. Or, si cette faute mérite, du moins aux yeux des Romains, d'être en général sévèrement réprimée, elle est à coup sûr excusable chez un impubère. L'homme mûr a la ressource de se défendre, tout en convenant du fait et qu'il en est l'auteur; il est apte à se justifier par l'exposé des circonstances. L'enfant, au contraire, ne connaît qu'un moyen de défense, la négation absolue, complète, souvent même devant l'évidence. « Ce n'est pas moi », est le premier mot de l'enfant accusé. On conçoit donc l'indulgence, d'autant que cette nouvelle faute ne nuit pas par elle-même au demandeur. Elle peut, il est vrai, lui être préjudiciable en empêchant la découverte de la vérité; mais c'est affaire au juge, institué pour cette recherche.

Si l'impubère ne répond pas de son *infitiatio*, c'est donc que l'*infitiatio* peut à peine de sa part être considérée comme une faute. Ce motif perd certainement de sa valeur, lorsqu'on l'applique au mineur de vingt-cinq ans. Mais si néanmoins l'indulgence accordée à l'impubère fut étendue au mineur, c'est que l'ancienne règle *Lis infitiando crescit in duplum* finit par sembler trop sévère en elle-même, qu'elle ne se maintenait plus guère que par la force de la tradition, et qu'on était heureux de l'écarter toutes fois qu'on en pouvait donner une raison ¹.

1. — C'est dans le même ordre d'idées qu'il faut chercher l'explication de la *restitutio in integrum* accordée par le préteur à l'im

17. — Nous venons de voir l'impubère tenu de réparer le dommage causé par son dol et par sa faute sous forme de délit spécial. Mais le dol peut très bien exister sans revêtir les caractères du *furtum*, de la *rapina*, ni de l'*injuria*. De même, la loi Aquilia était loin d'embrasser toutes les hypothèses de dommage causé par faute. L'impubère était-il tenu même de ces cas de dol et de faute ?

Considérons d'abord le dol. Il y a une action générale *de dolo*, destinée à permettre à la victime d'obtenir réparation, lorsqu'elle n'a aucun autre moyen à sa disposition. Cette action de dol était-elle donnée contre l'impubère ? On ne voit aucune bonne raison qui s'y oppose, et même il serait singulier que l'impubère fut, comme on l'a vu, responsable de sa faute, sans l'être de tous ses faits de dol quelconques. Sans doute, l'*actio de dolo* entraîne l'infamie ¹; mais les actions *furti*, *vi bonorum raptorum*, *injuriarum*, l'entraînent également ², et l'impubère n'y est pas moins sujet pour cela.

Toutefois, comme ce dol ne révélera pas le plus souvent un aussi haut degré de perversité que le dol qui revêt la forme du vol, de la rapine ou de l'injure, il serait regrettable que le magistrat fut forcé de délivrer toujours l'action infamante *de dolo*. Aussi bien n'y sera-t-il point forcé; rien ne lui sera plus facile que de tenir compte des circonstances. Qu'on se rappelle, en effet, que la délivrance de cette action doit être précédée d'une

pubère et au mineur contre les conséquences de l'omission ou du refus de transaction sur l'*actio furti*.

1. — L. 1, *de his qui not. inf.*, D., 3, 2.

2. — Gaius, IV, 182.

causæ cognitio, et qu'elle ne sera dès lors accordée que *si justa causa videbitur* ¹, ce qui signifie que, nonobstant la réunion des conditions essentielles de l'*actio de dolo*, le magistrat se réserve la faculté de la refuser, si dans l'espèce, elle lui paraît trop rigoureuse.

Est-ce à dire que la victime n'obtiendra pas réparation? Nullement. A la place de l'action de dol, le magistrat lui délivrera une *actio in factum*, qui lui procurera la réparation exacte à laquelle elle a droit, sans entraîner pour l'impubère la peine trop sévère de l'infamie. Ainsi l'adoucissement ici encore apporté aux effets ordinaires du dol ne touche qu'au point de vue pénal; les conséquences civiles continuent de se produire comme en présence d'un pubère ou d'un majeur.

Un texte d'Ulpien contient en quelques mots la théorie que nous venons de déduire très simplement des principes : « *Item in causæ cognitione versari Labeo ait, ne in pupillum de dolo detur actio nisi forte nomine hereditario conveniatur. Ego arbitror, et ex suo dolo conveniendum, si proximus pubertati est* ² ... » De ce fragment il ressort avec évidence que le pupille est tenu de réparer le dommage causé par son dol. Ulpien entend qu'on donne contre lui l'*actio de dolo*, quoique infamante, pourvu qu'il soit *proximus pubertati*; et, en cela, Ulpien ne saurait être critiqué, puisqu'il ne s'agit de punir ainsi l'incapable que s'il est responsable naturellement, *capax doli*. Labéon lui, est plus indulgent; il conseille au magistrat d'épargner l'infamie à l'impubère en refusant l'action de dol.

1. — L. 1, p. 1, *de dolo malo*, D., 4, 3.

2. — L. 13, p. 1, *de dolo malo*, D., 4, 3.

Mais cela ne veut pas dire qu'il refuse à la victime le droit à la réparation ; la réserve qu'il propose le prouve suffisamment : il admet l'*actio de dolo* elle-même contre l'impubère, s'il est poursuivi *nomine hereditario*. C'est parce que dans ce cas elle n'entraîne pas l'infamie. C'est donc l'infamie seule qu'il désire écarter, et non l'obligation de réparer. Là donc où il refuse l'action de dol, il entend qu'on la remplace par une *actio in factum*. Telle est bien, en effet, l'unique question agitée dans le fragment cité : il se trouve au milieu d'autres textes dont l'objet est d'indiquer dans quels cas, en considération de la personne, à l'action de dol est substituée une action *in factum*. Dans cet ordre d'idées, Ulpien se demande si cette substitution doit être admise en faveur de l'impubère : l'obligation de réparer est donc indiscutée ; la forme seule de l'action en réparation soulève quelque divergence, et chaque jurisconsulte se décide moins par des raisons de droit que par sa tendance plus ou moins grande à la sévérité ou à l'indulgence ¹.

18. — L'impubère répondait de sa faute, lorsqu'elle présentait les caractères du délit Aquilien (n° 15). Mais la loi Aquilie était loin de prévoir tous les cas de faute. Sans doute, la notion de faute Aquilienne, restreinte d'abord au *damnum corpore et corpori datum*, alla s'élargissant beaucoup, et une *actio legis Aquiliæ utilis* ² vint s'emparer

1. — On ne voit pas qu'il soit question d'écarter, en faveur de l'impubère, l'infamie attachée aux actions *furti*, *rapinæ*, *vi bonorum raptorum*. La raison en est que ces faits de dol sont toujours très graves.

2. — Instit., par. 16, de *lege Aquil.*, livre IV, t. 3.

d'une grande partie du domaine qui échappait à l'*actio directa* ; mais elle n'arriva jamais à comprendre, comme aujourd'hui l'article 1382 de notre Code civil, toutes les hypothèses de dommage causé par faute. Notamment on ne put jamais faire rentrer dans l'esprit de la loi Aquilie le dommage qui ne consiste pas dans l'altération ou la destruction d'une chose corporelle. Il va de soi que, tant que les fautes de ce genre ne purent être poursuivies même contre les majeurs, elles ne purent l'être davantage contre les mineurs ou les impubères.

Mais il vint un temps où la victime de tout dommage put obtenir réparation, sinon par l'*actio legis Aquiliæ*, du moins par une *actio in factum* ; il en fut ainsi vers la fin du septième siècle de Rome. « *In damnis, quæ lege Aquilia non tenentur, in factum datur actio* ¹ ». Cette action était-elle donnée contre l'impubère ?

On ne saurait en douter, puisqu'il est bien tenu de l'action de la loi Aquilie et que, tandis que celle-ci peut, suivant les circonstances, enrichir le demandeur ², l'*actio in factum* ne tendra jamais qu'à indemniser la victime ³.

1. — L. 33, p. 1. *ad leg. Aquil.*, D. 9, 2.

2. — Inst., pr. et par. 9 et 14, *de lege Aquil.*, livre IV, t. 3 ; — par. 7, *de oblig. quasi ex cont.*, livre III, t. 27 ; — L. 2, p. 1, L. 23, p. 10, *ad leg. Aqu.*, D. 9, 2.

3. — On a contesté, il est vrai, cette différence, en alléguant que l'*actio in factum* n'est autre chose que l'*actio utilis* de la loi Aquilie. Nous penchons pour la différence (V. Demangeat, *Cours de Dr. rom.*, II, p. 407, 2^e édit. ; — Accarias, *Précis de Dr. rom.*, II, n^o 684, et page 660, note 2, 1^{re} édit.). — Dans tous les cas, l'*actio in factum* eut-elle les caractères de l'*actio legis Aquiliæ*, il ne s'ensuivrait pas que l'impubère n'en pût être tenu, puisqu'il est bien tenu de cette dernière.

Ajoutons à cela que la faute qui tombe sous le coup de l'*actio in factum* n'est pas, de sa nature, plus légère que la faute prévue par la loi Aquilie, puisque *In lege Aquilia, etiam et levissima culpa venit*.

Arrivé à ce point, nous pouvons conclure d'une façon certaine que l'impubère, à Rome, répondait civilement de son dol et de sa faute, au même titre que le majeur, pourvu que cet impubère fut responsable naturellement, c'est-à-dire pourvu qu'il y eut dol ou faute. Certains tempéraments étaient apportés aux conséquences normales du dol et de la faute, mais seulement au point de vue exclusivement pénal ; ils ne portaient point sur les conséquences civiles, même en ce qu'elles pouvaient contenir de pénal ¹.

19. — Qu'advient-il maintenant des autres incapables ? Sont-ils tenus, eux aussi, de réparer le dommage qu'ils ont causé par leur faute ou leur dol ?

Comment en douter ? N'est-il point évident que si l'impubère est responsable, à plus forte raison doit-il en être de même du pubère mineur de vingt-cinq ans, du prodigue en curatelle et de la femme en tutelle ? Pour qu'il en fût autrement, il faudrait d'abord que l'incapacité de ces personnes eût un autre fondement que

1. — On sait, en effet, qu'à Rome, abstraction faite des suites nettement pénales du dol et de la faute, telles que l'infamie, la peine du double ou du quadruple dans le *furtum*, la peine du double contre l'*infinitio* sur l'*actio legis Aquiliæ*, l'obligation de réparer pouvait encore, à raison des bases d'appréciation de la condamnation, contenir quelque chose de pénal, en ce sens qu'elle excédait parfois le dommage réellement causé (L. 8, par. 1, de *condict. furt.*, D., 13, 1 ; — Instit., pr. et par. 9 et 14, de *lege Aquil.*, livre IV, t. 3).

l'incapacité de l'impubère. Or, le fondement est à coup sûr le même, à savoir la faiblesse intellectuelle ou mentale ; l'effet doit donc être identique.

On dit souvent, à la vérité, que l'incapacité de la femme romaine, en tant que femme, était de pure création légale et ne reposait en rien sur la nature des choses. Si l'on veut dire par là qu'il n'y a pas de raison de considérer la femme comme plus incapable que l'homme, nous acceptons l'observation. Mais nous ne l'acceptons plus, si on entend exprimer ainsi que les Romains ont voulu frapper la femme d'une incapacité qu'ils reconnaissaient ne pas exister naturellement. Ne lui donnent-ils pas, en effet, pour base la *fragilitas sexus*, la *levitas animi* ? Que ce fût là un pur prétexte, destiné à faire illusion sur le véritable but de l'incapacité des femmes, qu'on voulait éloigner des affaires publiques pour en réserver le monopole aux hommes, c'est peut-être ce qui devint vrai à une certaine époque. Mais que les motifs donnés à l'origine n'aient pas été sincères, c'est ce qu'on ne saurait affirmer. D'ailleurs, en eût-il été ainsi, le motif et le but n'en reste pas moins distincts, et ce motif était bien puisé, à tort ou à raison, dans la nature même de la femme.

Mais pourquoi cette discussion ? C'est que, si l'on reconnaît que le fondement de l'incapacité de la femme était le même que pour l'impubère, il n'y a aucune raison d'hésiter à lui appliquer les mêmes règles de responsabilité, au lieu que, si son incapacité était purement artificielle, on pourrait se demander peut-être s'il ne résulte pas de là que la femme ne puisse aucunement s'obliger, même par ses délits. C'est ainsi que, dans notre droit, des

auteurs et des arrêts ont déclaré que la femme mariée sous le régime dotal n'oblige point ses biens dotaux, même par ses délits, parce que si la femme ne peut aliéner sa dot, c'est par des considérations d'ordre public (v. n^{os} 28 et suiv).

La responsabilité du pubère mineur de vingt-cinq ans et du prodigue ne sauraient faire doute. A l'occasion de l'impubère, nous avons vu plusieurs textes prévoyant le dol et la faute du mineur de vingt-cinq ans. *Placet in delictis minoribus non subveniri* ².

Les adoucissements apportés aux conséquences pénales en faveur de l'impubère s'appliquaient en principe aux mineurs de vingt-cinq ans et aux prodigues (v. n^o 16). Toutefois, comme ces personnes devaient, à raison de leur développement intellectuel plus considérable, être reconnues plus fréquemment responsables de leur dol et de leur faute, le préteur devait se montrer moins facilement indulgent.

20. — Quant au *furiosus*, ce n'est point un incapable ; car, dans ses accès de démence, il n'a pas de volonté, et, dans ses intervalles lucides, il est dans la même condition juridique qu'une personne saine d'esprit.

Il y a, en effet, entre la législation romaine et notre

1. — Observons toutefois que, même en admettant l'ordre public comme base d'une incapacité, il est téméraire de prétendre que cet incapable ne doit pas répondre de ses délits ; car, l'ordre public n'est pas moins intéressé à la réparation et à la répression des délits qu'à l'observation des règles sur l'incapacité.

2. — L. 9, par. 2, de *minor...*, D., 4, 4. — Et, par *delictum*, Ulpien entend tout dol et toute faute, comme on peut le voir par l'ensemble du texte. — V. aussi : L. 37, par. 1, *eod. tit.*

droit, cette différence bien connue, que le fou romain n'était jamais frappé d'interdiction ¹, tandis que chez nous il peut être frappé de cette incapacité civile. Si donc le *furiosus* ne répond pas du dommage qu'il cause sous l'empire de la démence, c'est tout simplement parce que de lui ne peuvent émaner que des faits, jamais un dol ni une faute ; il ressemble en cela à l'*infans*. C'est ce qu'exprime ce fragment célèbre d'Ulpien : « *Et ideo quærimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliæ actio sit ? Et Pegasus negavit : quæ enim in eo culpa sit, cum suæ mentis non sit ? Et hoc est verissimum : cessabit igitur Aquilia actio, quemadmodum si quadrupes damnum dederit, Aquilia cessat : aut si tegula ceciderit. Sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum* » ².

Au fond, il n'y a donc rien de particulier pour le *furiosus*. Ce n'est pas un incapable, disons-nous. Mais qu'importe ? Le fût-il, sa condition n'en serait pas changée au point de vue de la responsabilité, puisque les incapacités ne concernent que les actes ou obligations qui émanent de la volonté. La responsabilité comporte une règle unique et absolue : est responsable de son dol et de sa faute quiconque commet un dol ou une faute. Or, le fou ni l'*infans* ne peuvent commettre de dol ni de faute.

21. — Il existe, dans notre droit français, deux incapacités relatives à la femme, savoir l'incapacité générale de la femme mariée et, venant parfois se greffer sur la pre-

1. — L'interdiction était bien connue à Rome ; mais elle ne s'appliquait qu'au prodigue.

2. — L. 5. par. 2, *ad leg. Aquil.*, D. 9, 2.

mière, l'incapacité spéciale de la femme soumise au régime dotal.

En droit romain, on n'a pas à s'occuper de l'incapacité de la femme mariée en tant que femme mariée, parce qu'il n'y a pas d'incapacité à ce titre. Si la femme n'est pas *in manu mariti*, elle est sous la puissance paternelle ou en tutelle. Si elle est *in manu*, elle se trouve, à l'égard de son mari, *loco filiaë*, c'est-à-dire encore comme sous une puissance paternelle. La condition de la femme mariée se ramène donc à celle de la *filiafamilias* ou à celle de la femme en général, c'est-à-dire de la femme en tutelle ¹.

Nous n'avons pas davantage à nous préoccuper de la femme dotale à Rome, non qu'il n'y ait des femmes mariées

1. — Quand la tutelle des femmes pubères et *sui juris* eut disparu, on ne vit point naître pour cela une incapacité de la femme mariée.

Il n'est pas impossible pourtant de trouver, dans quelques édits rendus par Auguste et par Claude (L. 2, pr. *Ad. S., C. Vell. D.*, 46, 1), une incapacité de la femme mariée, comme telle. Ces princes, dans le but évident de protéger les femmes mariées contre une influence facile à subir et souvent désastreuse, leur avaient interdit de contracter aucune obligation pour leurs maris. Mais la jurisprudence supprima bientôt cette particularité, non pas en anéantissant cette incapacité, mais en l'étendant à toutes les femmes, mariées ou non, et sans distinguer si elles s'engageaient pour leur mari ou pour un tiers. Puis, le sénatus-consulte Velléien vint consacrer cette jurisprudence. Dès lors, il n'y a pas lieu de s'arrêter à cette incapacité de la femme mariée, puisqu'elle ne la frappe plus en tant que mariée ; et, d'autre part, il n'y a pas lieu d'étudier ici cette incapacité de la femme en général, car le dol ou la faute qu'elle pourra commettre, relativement à cette incapacité, sera un dol ou une faute en matière de contrats (Donc, V. n° 69).

sous ce régime, qui, au contraire, fut peut-être le seul connu des Romains, mais parce que la dot est la propriété du mari ¹. On sait par quelles phases a passé l'inaliénabilité de la dot. Sous Justinien, le fonds dotal est inaliénable, même avec le consentement de la femme, et la raison qu'en donnent les Institutes est celle-ci : «... *ne « sexus muliebris fragilitas in perniciem substantiæ earum « converteretur* » ². Il semble bien que cette prohibition d'aliéner ait le même fondement que celle qui s'adresse à la femme française mariée sous le régime dotal ².

Mais voici où se trouve la différence. Ce dont est incapable la femme romaine, c'est de consentir valablement à l'aliénation que le mari voudrait faire du fonds dotal, dont il est propriétaire. Ce dont, au contraire, est incapable la femme dotale du Code civil, c'est d'aliéner les biens dotaux, qui sont sa propriété, même avec le consentement de son mari. La femme française est donc bien une incapable vis-à-vis de ses biens dotaux ; on ne peut dire la même chose de la femme romaine, puisque le fonds dotal ne lui appartient pas. Responsable de son dol et de sa faute, la réparation ne peut en être poursuivie sur les biens dotaux, non parce qu'elle serait incapable de s'obliger sur ces biens, mais par la raison beaucoup plus radicale que ces biens ne sont pas siens ³.

1. — Instit., pr., *Quibus alien. licet.*, livre II. t. 8.

2. — Nous supposons établi que l'inaliénabilité dotal, dans notre droit, dérive d'une incapacité de la femme (v. n° 28 et suiv.).

3. — Rappelons, toutefois, qu'il y a divergence d'interprétation sur une Constitution de Justinien, qui forme la loi 30, au Code, livre V, t. 12, et que certains interprètes entendent cette constitu-

22. — Le résultat de nos recherches est, en définitive, celui-ci : les incapables, dans le droit romain, étaient tenus de réparer le dommage causé par leur dol et par leur faute en dehors des contrats ; dès qu'il y avait responsabilité naturelle, c'est-à-dire *capacitas doli* ou *capacitas culpæ*, il y avait responsabilité juridique. Cela est certainement vrai à l'époque classique et dans le dernier état du droit ; les textes que nous avons cités ne laissent, sur ce point, place à aucun doute.

Mais en fut-il ainsi de tous temps à Rome. A l'époque de la Loi des Douze-Tables ou antérieurement à cette époque, les impubères, les mineurs de vingt-cinq ans, les femmes et les prodigues s'obligeaient-ils par leur dol et leur faute ? Ce qui pourrait soulever le doute, c'est que, dans ce premier état du droit, le fondement de l'incapacité paraît avoir été tout autre qu'à l'époque classique. Sans doute, la raison primordiale était bien déjà la défiance de l'état intellectuel ou moral de ceux qu'elle atteignait ; mais, si l'on se défiait ainsi des incapables, c'était bien moins dans leur propre intérêt que dans l'intérêt de leur famille, dans l'intérêt des tuteurs et curateurs ¹. Ce que la loi veut sauvegarder, ce n'est pas tant la fortune de l'incapable que les biens patrimoniaux qui se trouvent entre ses mains et qui doivent passer, s'il meurt incapable, à ses héritiers légitimes ², qui sont précisément

tion en ce sens qu'elle laisserait désormais à la femme la propriété des biens dotaux.

1. — *Institutes de Just.*, par. 3, de *Attil. tut.*, livre I, t. 20 ; — Ulpien, *Regul.*, XII, par. 3.

2. — Car les incapables ne peuvent pas tester (Ulpien, *Regul.* XX, par. 12, 13 et 15.

aujourd'hui ses tuteurs ou curateurs. Avec un pareil point de départ, la pensée pourrait venir que les incapables ne répondaient peut-être pas de leur dol et de leur faute, au moins sur les biens qu'ils tenaient de leurs parents prédécédés, parce que les conséquences en seraient supportées, non point tant par eux que par leurs tuteurs ou curateurs, et qu'ils auraient ainsi un moyen de compromettre, malgré ceux-ci, le fonds patrimonial qu'ils doivent leur transmettre. La responsabilité naturelle, dans une semblable conception de l'incapacité, aurait pu n'être d'aucun poids; ses conséquences normales auraient été annihilées par un principe d'ordre supérieur, base de l'incapacité, et base de telle nature, que l'on concevrait à la rigueur qu'elle étendit l'incapacité civile à toutes obligations, quelle qu'en fût la source ¹.

Il ne faut point pourtant s'arrêter à cette idée. C'eût été d'abord une conséquence vraiment excessive de la pensée qui servait de base à l'organisation des tutelles et curatelles. Un dommage est causé par le dol ou la faute d'une personne : n'est-il pas juste que la victime soit indemnisée, dût la famille du coupable en souffrir, d'ailleurs indirectement? S'il existe entre les membres d'une même famille un lien si étroit qu'il s'étende même aux biens, s'il y a comme un reste d'une ancienne copropriété familiale, n'est-il point souverainement équitable que ceux-là supportent la perte qui doivent prendre

1. — ... de telle sorte qu'il se serait agi moins d'une incapacité de la personne que d'une indisponibilité des biens. Dans notre droit, une opinion de ce genre a été émise en ce qui concerne la femme soumise au régime dotal (v. nos 28 et suiv.).

part au gain, de préférence au tiers qui subit un dommage ? La sécurité publique serait sans cela gravement compromise. Quant à cette considération que, si les incapables répondent de leur dol et de leur faute, ils ont par là un moyen aisé de compromettre le fonds patrimonial, elle est en réalité de peu de valeur. On ne cherche pas à se ruiner soi-même, sans chance de profit ou de plaisir, dans l'unique but de nuire à ses héritiers, surtout lorsque le seul moyen qui s'offre est de causer du tort à autrui par des actions mauvaises. Je ne tuerai pas les bœufs de mon voisin, uniquement pour voir intenter contre moi l'action de la loi Aquilie et m'entendre condamner à réparer le dommage causé, le tout pour le plaisir de diminuer mon patrimoine.

23. — Mais il y a, en faveur de la responsabilité des incapables, des raisons plus précises et plus certaines que les considérations que nous venons de faire valoir, et nous allons même constater que le très ancien droit était infiniment plus rigoureux que le droit de l'époque classique.

Dans l'état primitif des peuples, le sentiment juridique qui domine est celui de la passion. M. de Ihering a magistralement exposé cette idée dans son étude sur la *Faute en droit privé* : « L'ancien droit civil de Rome nous « présente un tableau saisissant de cette période où la « passion règne dans le droit. Le trait fondamental qui « s'en détache se résume en ces mots : réaction violente « contre toute injustice soufferte. Cette réaction est vio- « lente, sans mesure..., en ce que, dans l'aveuglement

« de la passion, *elle perd de vue la culpabilité* ¹ ». De là deux conséquences également injustes : 1° Tout dommage causé doit être réparé, sans qu'il y ait besoin de rechercher la faute ; car l'injustice objective, pour parler le langage du jurisconsulte allemand, fait souffrir la victime aussi vivement que l'injustice subjective ; 2° l'étendue de la réparation est déterminée bien moins par la mesure du dommage éprouvé que par le degré de passion, d'irritation, que ce dommage a dû faire naître dans le cœur de la victime. C'est ainsi que le *fur manifestus* était puni plus sévèrement que le *fur nec manifestus* ², bien qu'au fond la culpabilité fût exactement la même.

Dans un pareil système, qui n'est rien moins que la négation de la distinction si éminemment juste entre le dol, la faute et le fait, il est évident que l'âge, l'état mental ou le sexe ne devaient aucunement être pris en considération. Le dommage est la cause suffisante de l'obligation de réparer, sans qu'on ait à se préoccuper de la responsabilité naturelle : celui chez qui l'on trouve une chose volée est condamné au triple et encourt l'infamie, bien qu'il ignore l'origine de la chose ³. L'innocent capable est puni pour la seule extériorité du fait ⁴ : comment

1. — Ihering, *De la Faute en droit privé*, p. 11.

2. — Gaius, III, 189 et 190. — *Instit. de Just.*, par 5. de oblig. ex delict., livre IV, t. 1.

3. — Gaius, III, 191. — Gaius et Paul (*Sentent.*, par. 5 et 14, livre II, t. 34) mentionnent même encore cette *actio furti concepti* comme connue en pratique. Mais un rescrit de Sévère et Antonin (L. 8, C., II, 12), désigne le jugement basé sur cette action, contre l'innocent, comme *durior sententia*, et abolit l'infamie.

4. « — Il est indifférent que nous disions que le droit ancien

les incapables ne seraient-ils point également punis, puisqu'il n'est pas question d'imputabilité ? Le simple fait est source d'obligation : les incapables répondront donc toujours, comme les capables, de tout dommage qu'ils auront causé ; on ne tempérera pas même, en leur faveur, la partie pénale de la condamnation¹, et cela se conçoit, sans quoi il aurait fallu la tempérer également en faveur du capable innocent.

Bien plus, le *furiosus* et l'*infans* eux-mêmes devaient, dans ces temps anciens, être tenus des actions que faisait naître tout dommage souffert. C'était la conséquence logique de l'idée qui servait la base à l'obligation de réparer : *Non consilii, sed fortunæ pœna repetitur*².

Pour nous résumer, il n'y avait pas, dans le premier état du droit romain, de questions d'imputabilité, par là même pas de distinction entre la faute et le fait. Ce ne fut que lorsque cette distinction apparut qu'on put commencer à parler de *capacitas doli* et de *capacitas culpæ*. Du jour où l'on compara l'acte dommageable du *furiosus* et de l'*infans* à la tuile qui tombe d'un toit et tue un pas-

« ignore l'élément de faute, ou que nous soutenions que, pour lui, « le fait lui-même prouve suffisamment la faute. L'innocent lui-même est frappé de peine. *Non consilii, sed fortunæ pœna repetitur* ; ainsi s'exprime Cicéron, dans le *pro Tullio*, par. 51. Le fait « extérieur, comme tel, entraîne par lui-même la peine, sans que « son rapport avec la volonté soit ultérieurement pris en considération » (Ihering, *de la Faute*..., p. 18).

1. — Il faut arriver à la loi des Douze-Tables pour voir apparaître cet adoucissement (Aulu-Gelle, *Nuits att.*, XI, 18).

2. — *Pœna*, parce que l'obligation de réparer se confondait intimement avec l'idée de peine.

sant, un pas énorme fut fait dans la voie de la justice ¹. Les incapables continuèrent de répondre du dommage qu'ils pouvaient causer, mais à la condition, désormais, que de leur part, comme de la part des capables, il y eut faute ou dol. En d'autres termes, la responsabilité juridique correspondit exactement à la responsabilité naturelle ².

2. — Dans notre droit, pourtant, des auteurs ont soutenu que le fou devait, dans une mesure à déterminer, être tenu de réparer le dommage causé par son fait (v. n° 26).

3. — « La notion de faute est la mesure générale de la responsabilité dans le droit romain privé parvenu à son développement ». — (Ihering, *op. cit.*, p. 24).

CHAP. III. — DROIT FRANÇAIS

24. — **Ancien droit.** — Nos pays de droit coutumier et de droit écrit conservèrent intacte la maxime romaine : *In delictis neminem celas excusat*. « Et pour ce, dit Bouteiller, « ensuit une demande sur ce, à savoir si les pupilles sont « aussi bien restitués en leur méfait, qu'à leur profit. Sa-
« chez que si le pupille est de tel âge, qu'il ait connais-
« sance qu'est bien faire et mal laisser, et que malice sup-
« plée à l'âge, il n'échet nulle restitution ; car en délit ne
« sont les pupilles relevés pour minorité ¹ ».

Domat exprime fort justement que « si, dans les crimes
« et dans les délits, la minorité peut bien donner lieu de
« modérer les peines, elle n'empêche pas que le mineur
« soit condamné au dédommagement du mal qu'il a
« fait » ². — C'est la reproduction exacte de l'idée romaine,
suivant laquelle l'âge peut bien être un motif d'adoucisse-
ment de la peine, mais ne saurait en rien influencer sur
l'obligation civile de réparer, qui existe par cela seul
qu'il y a responsabilité naturelle.

Pothier ³ nous signale la responsabilité de l'interdit

1. — Bouteiller, *Somme rurale*, I. t. 92.

2. — Domat, *Lois civiles*, I, livre IV, t. VI, sect. II, n° X. — V. aussi Berthon de Fromental, *Décisions du Droit civil...*, V° Crimes.

3. — Pothier. *Tr. des Oblig.*, n° 120. — Dans notre ancien droit, comme en droit romain, le prodigue était mis en état d'interdiction.

pour cause de prodigalité. « Il n'est pas douteux que cet
« incapable s'oblige à la réparation du tort qu'il cause
« par les délits ou quasi-délits qu'il commet, quoiqu'il
« ne puisse contracter aucune obligation en contractant...
« Son interdiction ne doit pas procurer l'impunité de ses
« délits ». Puis il ajoute que ce qu'il vient de dire des
interdits « reçoit application à l'égard des mineurs pu-
« bères ou voisins de la puberté, qui sont encore sous
« puissance de tuteur, sauf que les fautes d'imprudence,
« qu'on appelle quasi-délits, s'excusent plus facilement
« dans ces personnes que dans les majeurs interdits pour
« prodigalité ». Cette dernière observation, nous avons
eu déjà l'occasion de le dire, n'est point une règle de droit,
mais la simple constatation d'un fait : il y a moins souvent
faute de la part d'un impubère que de la part d'un pu-
bère ou d'un majeur. Loin de porter atteinte au principe
qu'à la responsabilité naturelle correspond toujours la
responsabilité juridique, l'observation de Pothier n'en est
que la plus exacte application. — Enfin, le même auteur
coutumier nous montre la femme mariée ¹, elle aussi,
obligée par ses délits et quasi-délits, et, bien entendu,
sans le consentement de son mari. Mais il nous indique
en même temps quelle restriction reçoit, au moins tem-
porairement, le droit à la réparation, à raison du régime
de communauté sous lequel la femme est mariée : « Comme
« le mari, qui, pendant tout le temps que dure la com-
« munauté, a droit de jouir de tous les revenus des biens
« de la femme, ne doit pas souffrir des délits de sa

1. — Pothier, *Tr. de la Puissance du mari*, n° 52.

« femme lorsqu'il n'y a pas eu de part, et qu'il n'a pu
« les empêcher, ceux auxquels la femme a fait tort, et
« qui ont obtenu contre elle des condamnations pécuniaires,
« ne peuvent s'en faire payer sur les revenus des
« biens de la femme, tant que la communauté durera,
« lesdits revenus appartenant au mari pendant ledit
« temps ». Ce n'est point là, qu'on le remarque, une atténuation de la responsabilité de la femme mariée. Elle est pleinement responsable, dès qu'il y a de sa part un dol ou une faute; seulement il va de soi qu'elle ne peut, même ainsi, obliger des biens qui ne sont pas les siens, à savoir les revenus des biens communs. Aussi cette règle est-elle encore certaine aujourd'hui (arg. art. 1424 *in fine*, C. c.). Il suffit, pour se rendre compte du sens et de la portée de cette disposition, de supposer la femme mariée sous un régime qui lui laisse la jouissance de ses biens; dans ce cas, la victime du dol ou de la faute pourra exécuter la condamnation aux dommages-intérêts sur la pleine propriété.

25. — **Code civil.** — La responsabilité des incapables pour leur dol et leur faute en dehors des contrats ne fait aujourd'hui doute pour personne. Le Code civil, dans son article 1310, consacre expressément, du moins en ce qui regarde le mineur, la tradition sur ce point : « Le mineur
« n'est point restituable contre les obligations résultant
« de son délit ou quasi-délit ».

Cette disposition ne parle, on le voit, que du mineur, et aucune autre, dans le Code, ne contient une décision de ce genre pour les autres incapables. Néanmoins l'ac-

cord peut être considéré comme complet, lorsqu'il s'agit de leur appliquer l'article 1310 ¹. C'est qu'en effet on ne peut songer à raisonner à *contrario* de ce texte, puisqu'il ne fait que confirmer le droit commun de la responsabilité. L'article 1310 est parfaitement inutile ; il n'existerait pas, que la règle qu'il exprime n'en serait pas moins certaine. Les incapacités, nous l'avons dit, ne sont établies qu'en ce qui concerne les contrats ² ; l'article 1124 le dit en toutes lettres : « Les incapables de *contracter* sont : les mineurs, les interdits, les femmes mariées, etc... ». La capacité de dol et de faute, ou responsabilité, reste donc une capacité naturelle. De l'article 1310, c'est plutôt un argument à *fortiori* qu'il convient de tirer en faveur de la responsabilité de tous incapables, interdits, femmes mariées, personnes pourvues d'un conseil judiciaire (art. 499 et 513. C. c.).

C'est faute d'avoir aperçu cette idée, que Le Sellyer ³ a pu prétendre, opinion sur laquelle il est d'ailleurs revenu, que l'interdit ne répondait point des suites de son dol et de sa faute. Son incapacité, disait-il, diffère des autres incapacités, en ce qu'elle est purement civile. — Rien n'est plus vrai, puisqu'elle n'a de portée que durant précisément les intervalles lucides. — L'interdiction, disait-il encore, crée une présomption absolue de démence continuelle, contre laquelle on n'est point admis à prouver. — Cette formule dépasse certainement la pensée de l'auteur ; car les actes faits par l'interdit devraient alors

1. — V. Larombière, *Tr. des Oblig.*, sous article 1310, n° 8.

2. — Et les quasi-contrats dans lesquels l'incapable joue le rôle actif.

3. — Le Sellyer, *Traité de la Criminalité*, I, n° 52.

être frappés d'une nullité absolue, ce qui n'est pas (art. 1125, 2°).

Mais prenons-la comme exacte. Il n'en reste pas moins vrai que cette présomption et, par là même, cette incapacité n'existent qu'en matière contractuelle (art. 1124). On peut donc reprocher à Le Sellyer une fausse conception de l'incapacité civile ; il se l'est d'ailleurs reprochée lui-même, puisqu'il a par la suite rectifié sa doctrine.

L'interdit répond donc de son dol et de sa faute comme tous autres incapables ¹. Mais, bien entendu, il n'en pourra être ainsi que durant ses intervalles lucides ; car, en dehors de là, il n'y aurait ni dol ni faute ².

26. — L'interdit, venons-nous de dire, ne peut être déclaré responsable que pour le dommage qu'il cause dans les intervalles lucides ; car, réparation due et imputabilité sont aujourd'hui et depuis longtemps deux idées inséparables. Et cependant, si nous avons vu Le Sellyer manquer à ce principe en faveur de l'interdit, nous rencontrons encore une autre doctrine qui s'en écarte aussi, mais dans un sens tout opposé. L'interdit, dans cette opinion, répondrait du dommage qu'il cause même sous l'empire de la démence ³. D'une façon plus large (car, dès lors, peu

1. — Cass., 13 octobre 1853, *Dall.*, 53, V, 204 ; - Cass., 15 février 1870, *S.* 70, I, 242, femme mariée.

2. — Toutefois il y a des folies partielles, comme la monomanie, qui n'affectent l'esprit que lorsqu'il s'applique à un certain ordre d'idées ou à certaines catégories de faits. Et alors, pour tous autres faits, l'esprit n'est point aliéné, de sorte qu'on devrait reconnaître la responsabilité, alors même que l'interdit n'est pas dans un intervalle lucide en ce qui concerne l'objet de sa monomanie.

3. — Merlin, *Rép.*, v° *Blessé*, par. 3, n° 4, et v° *Démence*, par. 2,

importe l'interdiction), la responsabilité juridique dépasserait la responsabilité naturelle, et la première existerait indépendamment de la seconde : le fou, l'enfant en bas-âge seraient tenus à réparation. C'est la négation, semble-t-il, de la distinction si éminemment juste entre la faute et le simple fait, ce qui conduit naturellement à déclarer que chacun répond en principe du dommage qu'il cause même sans dol ni faute.

Serait-ce un retour au vieux sentiment juridique de la passion, que nous avons constaté au début de la législation romaine ? Les adeptes de cette doctrine seraient-ils donc des barbares égarés au milieu de notre monde civilisé ? En aucune façon. Peut-être même faut-il voir là le développement extrême (d'autres diront excessif), de l'idée de justice ; car ce n'est plus un sentiment de vengeance qu'on veut satisfaire, c'est une infortune qu'on veut soulager, et cela le plus équitablement qu'il sera possible.

Il faut, en effet, bien comprendre la portée de la doctrine que nous exposons. Il ne s'agit point de mettre sur la même ligne le dol, la faute et le fait ¹. Tandis que du dol et de la faute naît toujours une obligation de réparer tout le dommage causé, le simple fait ne donnerait jamais lieu qu'à une sorte d'action *in id quod facere possunt* 3 et 4, qui invoque en ce sens un arrêt de 1683 ; — Carnot, *Com. C. pén.*, t. I, sur l'art. 64, n° 3 ; — Legraverend, *Législ. crim.*, t. I, chap. 13, par. 4. — En ce sens : Montpellier, 31 mai 1866, S., 66, II, 259.

1. — Nous lisons pourtant dans les considérants de l'arrêt de Montpellier (précité) : « Attendu que, dans l'application des principes de la responsabilité civile, la loi ne tient compte ni de la « volonté ni de l'intention ;... »

test. Une personne très riche fait, dans un accès d'aliénation mentale, subir une perte considérable à un indigent : n'est-il point juste, dit-on, de prendre sur la fortune du riche, bien qu'il ne soit pas responsable naturellement, de quoi réparer un dommage qui, en somme, n'aurait pas eu lieu sans lui. Le peu qu'on lui enlèvera ne sera rien pour lui ; et ce sera beaucoup pour la victime. Si l'auteur du simple fait est pauvre, rien ne lui sera demandé : *Fortunæ pœna repetitur*. La conscience ne s'accommode-t-elle pas mieux de cet arrangement équitable que de l'application stricte de la distinction de la faute et du fait ?

C'est là, certes, une théorie séduisante à première vue. Mais elle n'en doit pas moins être repoussée. Ce qui l'inspire, ce n'est point tant la justice, au fond, que le sentiment ; non plus, il est vrai, le sentiment de la passion, mais au moins le sentiment de la pitié. Or, sur ce terrain, ce n'est pas le droit qui doit intervenir, mais la morale. Il ne saurait y avoir de responsabilité juridique là où il n'y a point de responsabilité naturelle. Le fou est lui-même une victime ; il est le jouet de sa démence : les actes qu'il commet ne sont pas siens. Sans doute, s'il n'avait point existé, le dommage n'eût pas eu lieu ; mais si la tuile qui, arrachée d'un toit par le vent, tue dans sa chute un passant, n'avait point, elle non plus existé, le passant n'eût pas été tué. Or, s'en prend-on à la tuile ? On nous répondra peut-être que ce n'est pas toujours sans sa faute qu'une personne est atteinte d'aliénation mentale ; les excès, les abus de toutes sortes, peuvent l'avoir procurée. Mais cela n'est pas la règle. Et d'ail-

leurs, si l'on part de ce point de vue, on rentre dans la distinction de la faute et du fait ¹.

Cette théorie, en outre, présente de graves dangers, en ce qu'elle remettrait trop à l'arbitraire du juge. Qui appréciera la fortune du fou ? Qui surtout déterminera ce qu'on peut lui enlever sans trop lui nuire ? D'une manière générale, la responsabilité juridique varierait suivant la fortune. Est-il prudent d'entrer dans cette voie ? Certains politiques n'y hésiteraient peut-être pas ; les classes pauvres seules devant en profiter, cela compléterait leur programme de démocratisation du droit. Mais le jurisconsulte doit se garder de marcher à leur suite.

Dans tous les cas, la doctrine que nous combattons est certainement contraire à notre droit positif. L'art. 1382 du Code civil exige la faute, pour qu'il y ait obligation de réparer ².

27. — Nous maintenons donc notre principe, à savoir que la responsabilité juridique correspond exactement à la responsabilité naturelle. Et, en conséquence, l'interdit ne pourra jamais être tenu de réparer que le dommage qu'il aura causé dans ses intervalles lucides, c'est-à-dire par son dol ou sa faute.

Ce que nous disons de l'interdit est également vrai de l'individu qui, sans être frappé d'interdiction, est placé

1. — Doit-on, en présence d'un cas de folie, entrer dans cette recherche ? Ce serait fort dangereux. On ne pourrait se décider que sur des expertises médicales, elles-mêmes fort incertaines. — V. Legrand du Saulle, *La Folie devant les tribunaux*, pp. 267 et 340.

2. — Agen, 9 nov. 1864, S. 63, II, 230 ; et Cass., 14 mai 1863, S. 66, I, 237. — V. Labbé, *Rev. crit.*, 1870, t. 37, p. 109.

dans un établissement d'aliénés conformément à la loi du 30 juin 1838.

28. — Mais il est une incapable pour laquelle la question de responsabilité n'est pas aussi simple : c'est la femme mariée sous le régime dotal.

Nous disons : une incapable. Nous préjugeons ainsi la solution ; car, s'il est certain que la femme dotale, comme telle, est une incapable, sa responsabilité ne fait pas plus difficulté que celle des autres incapables. Précisons donc bien la question.

En tant que femme mariée, la femme dotale est évidemment frappée de l'incapacité commune à toutes les femmes mariées (art. 217 et suiv. C. c.) ; mais cette incapacité, nous le savons, ne l'empêche pas d'être obligée, sans l'autorisation de son mari, par son dol et sa faute en dehors des contrats. Ce n'est plus de cette incapacité qu'il s'agit en ce moment.

Ce qu'il faut supposer, c'est que la femme s'est mariée sous le régime dotal et a constitué en dot tout ou partie de ses biens, qui sont ainsi devenus, pour le temps du mariage, inaliénables et insaisissables (art. 1554) ¹. Elle cause un dommage à autrui par son dol ou par sa faute :

1. — L'article 1554 C. c. n'édicte expressément que l'inaliénabilité ; mais on ne doute pas que cette inaliénabilité ne soit corroborée par l'insaisissable (arg. art. 1558, 4^e al.). — De même, l'article 1554 n'établit l'inaliénabilité que des immeubles ; mais une jurisprudence constante déclare également inaliénable la dot mobilière (V. Cass., 3 février 1879, S. 79, I, 353, et 27 avril 1880, S. 80, I, 360. — *Contra*, Colmet de Santerre, *Cours analyt.*, VI, nos 233 bis V-XXXII), — sauf à bien comprendre en quel sens la jurisprudence entend cette inaliénabilité.

elle est certainement tenue de le réparer, puisque son incapacité de femme mariée ne s'y oppose nullement. En conséquence, la victime poursuivra utilement sa réparation sur les biens paraphernaux de la femme. Mais ils sont insuffisants, ou bien encore elle n'en a pas : la victime sera-t-elle admise à poursuivre sur les biens dotaux l'exécution de la condamnation aux dommages et intérêts ? Telle est la question.

Mais pourquoi nous en préoccuper dans cette étude ? Parlerons-nous donc aussi de la responsabilité des titulaires de rente sur l'État ? Car ces rentes, elles aussi, sont insaisissables ¹. Non ; nous ne parlerons pas du rentier sur l'État, parce que la cause de l'insaisissabilité de sa rente n'a jamais fait doute et qu'on n'a jamais songé à la rattacher à une incapacité du crédi-rentier. — Pour la dot, il en est tout autrement. C'est une question célèbre que celle du fondement de l'inaliénabilité et de l'insaisissabilité dotales : dérivent-elles d'une incapacité de la femme ou de l'indisposibilité des biens ? Dans le premier cas, le droit d'exécution de la victime du dommage sur les biens dotaux ne saurait être contesté, puisque les incapacités civiles ne concernent jamais que les obligations contractuelles. Dans le second cas, ce droit d'exécution sera beaucoup plus difficile à admettre, au point que certains auteurs et quelques arrêts, partant de cette idée, l'ont refusé.

Ce n'est point ici le lieu d'entrer dans les détails de cette controverse. Nous nous bornerons à signaler d'abord

1. — Loi du 8 nivôse an VI, art. 4. — Loi du 22 floréal an VII, art. 7.

l'opinion qui prévaut dans la doctrine et dans la jurisprudence, et que nous adoptons pour notre part, puis à montrer les conséquences de l'opinion contraire.

29. — La jurisprudence constante rattache à une incapacité de la femme l'inaliénabilité de la dot. Aucun arrêt, à la vérité, ne proclame expressément ce principe, mais tous le présupposent : il n'est pas une seule des conséquences de la doctrine de l'incapacité que les tribunaux ne soient venus consacrer ¹. La plupart des auteurs sont d'ailleurs en cela d'accord avec la jurisprudence ².

Nous sommes donc en présence d'une incapacité, non plus générale, mais restreinte, relative à certains biens seulement, et c'est en ce sens qu'on a pu parler d'une « incapacité réelle ³ ». La femme dotale n'est point incapable de s'obliger; ce dont elle est incapable, c'est simplement de s'obliger sur ceux de ses biens qui sont

1. — Montpellier, 7 janv. 1830, S. 30, II, 69; — Bordeaux, 20 déc. 1832, S. 33, II, 279; — Cass. (ch. réun.), 7 juin 1864, S. 64, I, 201; — Bordeaux, 23 mars 1865, S. 65, II, 234.

2. — Labbé, *Rev. crit.* 1856, t. IX, pp. 5 et 9; — Colmet de Santerre, *Cours analyt.*, t. VI, nos 226 bis II et suiv.; — Gide, *De la Condition privée de la femme*, livre IV, ch. III; — Deloynes, *Rev. crit.*, 1882, p. 547 et suiv.; — Renault, *Rev. crit.*, examen doctr., 1885, p. 582 (à l'occasion d'une question de droit international privé). — Observons que c'est bien ainsi que le législateur de 1850 a compris l'inaliénabilité dotale: «.... la femme sera réputée, à l'égard des tiers, capable de contracter dans les termes du droit commun ». Loi du 10 juillet 1850, insérée au Code civil, art. 1391, dern. al.

Contrà, Mongin, *Rev. crit.*, 1886, p. 92 et suiv., p. 170 et suiv.

3. — Lyon-Caen, note dans Sirey, 1876, II, 65. — On a fait aussi une autre opposition de mots et on a parlé « d'inaliénabilité personnelle ». — Mongin, *loc. cit.*

dotaux. Toutes obligations qu'elle contracte avec l'autorisation du mari sont valables ; seulement elles ne donneront point au créancier le droit de saisir les biens dotaux, parce que, la femme étant incapable relativement à ces biens, son obligation est nulle ¹ en tant qu'elle les menacerait. — Que si l'on s'étonne de cette espèce de fractionnement de la capacité et qu'on se demande comment, toute incapacité prenant sa source dans la personne, elle peut néanmoins se trouver subordonnée à la condition des biens, nous renverrons à l'étude précitée de M. Labbé (n° 14), qui fournira sur ce point tous les éclaircissements désirables.

Tout ce qu'il nous importe de constater ici, c'est la cause attribuée à l'inaliénabilité et à l'insaisissabilité dotales : cette cause réside dans une incapacité de la femme. Et cette incapacité, quoique déterminée et limitée par la condition des biens, n'est pas pour cela d'une autre nature que l'incapacité du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée : c'est la faiblesse de la femme, son *imbecillitas animi*, comme le disait déjà Justinien en prohibant l'aliénation du fonds dotal, — faiblesse qui peut ne pas lui permettre de résister aux suggestions et aux instances du mari, contre laquelle le législateur a voulu permettre aux parents, lorsqu'ils le jugeraient utile, de prémunir leur fille d'une manière toute spéciale et particulièrement efficace, par l'établissement du régime dotal. C'est donc

1. — Une des conséquences importantes de cette nullité, c'est que les obligations contractées par la femme dotale durant le mariage ne pourront pas être exécutées sur les biens dotaux, même quand la dotalité aura cessé, c'est-à-dire après la dissolution du mariage.

bien encore de la volonté de la femme qu'on se défie ; on craint qu'elle ne consente trop facilement à assumer des obligations, soit sur la demande de son mari, soit même de sa propre initiative. Par là même, dès qu'il s'agit d'obligations qui prennent naissance indépendamment de la volonté du débiteur, nous sommes en dehors de toute idée d'incapacité, et la femme dotale doit, même en tant que dotale, en être tenue comme tous autres incapables, comme toutes autres personnes. Il n'y a de particulier, dans la condition de la femme dotale, que l'origine conventionnelle de son incapacité. Or, il est bien certain que cette particularité, loin de fournir un argument en faveur de son irresponsabilité sur les biens dotaux, fournit plutôt un puissant argument *à fortiori* en faveur de sa responsabilité ; car il serait singulier qu'une incapacité conventionnelle produisit plus d'effets que l'incapacité légale, et qu'on pût, par un contrat auquel la victime n'a pas été partie, s'affranchir à l'avance du dommage qu'on lui a causé.

C'est d'ailleurs ce qu'enseignaient déjà les anciens auteurs qui ont écrit sur la dot : « Lorsqu'une femme, dit Roussilhe, commet quelque délit, et qu'à raison de ce, elle est condamnée à des dommages-intérêts et à des dépens, ces condamnations peuvent se prendre sur ses biens dotaux, lesquels sont, par là, valablement obligés ¹ ». — L'article 544 de la Coutume de Normandie,

1. — Roussilhe. *Tr. de la Dot*, tome I, ch. 15, sect. 4, article 6, § 3. — Voir aussi Argou, *Institution au Droit français*, II, p. 88, édition 1787 ; — Basnage, sur l'article 544 de la Coutume de Normandie.

sous l'empire de laquelle les biens dotaux étaient inaliénables, disposait expressément que « là où la femme serait « poursuivie pour méfait ¹ ou médit, ou autre crime, la « condamnation pourrait se prendre sur tous les biens à « elle appartenant, de quelque qualité qu'ils fussent ».

Cette conséquence logique de l'idée d'incapacité est aujourd'hui universellement admise par la doctrine ² et consacrée par la jurisprudence ³.

Toutefois, pour le plus grand nombre des auteurs ⁴ et des arrêts, c'est à peine s'ils songent, en donnant cette solution, à la rattacher à l'idée que l'inaliénabilité dotale ne dérive que d'une incapacité de la femme. Peut-être au fond est-ce leur pensée; mais ils ne la laissent pas aper-

1. — Méfait, dans la Coutume de Normandie, est synonyme de « nuisance », fait dommageable (art. 5, 6, et 531 de la Cout.).

2. — Labbé, *op. et loc. cit.*; — Gide, *op. et loc. cit.*; — Sourdat, *Tr. de la Respons.*, I, 172; — Colmet de Santerre, *Cours analyt.*, t. VI, n. 226 bis VIII.

3. — Rouen, 12 janvier 1822, S. 25, II, 163 (espèce intéressante femme héritière bénéficiaire et coupable de récélé; application de l'article 801 du Code civil, et, par suite, femme tenue des dettes de la succession même sur ses biens dotaux); — Limoges, 17 juin 1735, S. 36, II, 61; — Cass. 4 mrs 1845, S. 45, I, 513 et 515; — Orléans, 26 décembre 1878, S. 79, II, 97, — confirmé par la Cour de Cassation, 10 juin 1879, S. 79, I, 419 (aff. Bauffremont); — Cass., 19 janvier 1886, Dall., 86, I, 440; — et d'autres arrêts (cités plus loin) rendus sur des cas de dol et de faute dans les contrats, et dont on peut conclure *à fortiori* pour le dol et la faute en dehors des contrats.

Toutefois il convient d'observer que la jouissance des biens dotaux, restera au mari jusqu'à la dissolution du mariage ou jusqu'à la séparation de biens (arg. art. 1424, C. c., *in fine*). — Sourdat, *op. cit.*, n. 173; — Aubry et Rau, t. V, § 538, p. 614, quatrième édition. — Cass., 16 février 1880, S., 81, I, 351.

4. — Voir Colmet de Santerre, *Cours analyt.*, t. VI, n. 226 bis VIII.

cevoir et préfèrent justifier leur opinion en invoquant des considérations d'intérêt général. Il s'agit là, dit-on, d'un intérêt supérieur d'ordre public, devant lequel doit fléchir la règle de l'inaliénabilité de la dot.

Est-il indifférent d'adopter l'une ou l'autre explication ? Certes non ; car, avec la dernière, on est amené à une appréciation, toujours difficile, de ce qu'il convient d'entendre par ordre public. Et, précisément à raison de cette difficulté, il peut se produire des divergences de solution. Que le résultat de notre théorie soit en harmonie avec l'ordre public, cela est certain, et c'est une considération qu'on a raison de faire valoir. Mais qu'on ne s'en serve pas à titre d'argument, sans l'appuyer d'aucun autre qui bannisse toute divergence dans l'application ! On va constater, dans le numéro suivant, combien cela est dangereux. Or, il est facile d'éviter ce danger à ceux qui, comme nous, font dériver l'inaliénabilité de la dot de l'incapacité de la femme.

30. — Il n'en est pas de même des auteurs qui expliquent cette inaliénabilité par une indisponibilité des biens¹. Pour eux, s'ils veulent néanmoins permettre la poursuite des dommages et intérêts sur les biens dotaux, ils n'ont pas d'autre moyen que d'invoquer l'ordre public, et ils nous donnent ainsi le spectacle d'une institution d'ordre public, la responsabilité nécessaire du dommage qu'on cause, luttant contre une autre institution d'ordre public, l'inaliénabilité de la dot, — ce qui n'est point fait

1. — Demolombe, *Rev. de législ.*, 1835, t. II, p. 282 ; — Aubry et Rau, t. V, par. 538, note 34 ; — Troplong, *Contr. de Mar.* IV, n° 3263 ; — Mongin, *Rev. crit.*, 1886, pp. 92 et 170.

pour détruire notre assertion qu'il s'agit là d'une notion très vague, très mobile et très incertaine.

Voici, en effet, le raisonnement. La femme, en se mariant sous le régime dotal, ne diminue pas la capacité qui lui est attribuée par le droit commun. L'inaliénabilité de la dot ne saurait, en conséquence, dériver d'une incapacité de la femme. D'où dérive-t-elle donc ? D'une indisponibilité des biens. La dot est en quelque sorte mise hors du commerce ¹, tant que dure le mariage. Et pourquoi cette mise hors du commerce ? L'intérêt public la peut seul justifier : « *Reipublicæ interest mulieres dotes « salvas habere, propter quas nubere possint* » ² ». Cependant, il serait profondément immoral que la femme put impunément causer du dommage à autrui. Si l'inaliénabilité de la dot est d'ordre public, il n'est pas moins d'ordre public que celui-là obtienne réparation qui souffre un préjudice injuste. Et, dès lors, la lutte commence entre deux règles assises sur le même fondement. Laquelle des deux l'emportera ? Cela ne peut dépendre que du degré d'ordre public engagé dans l'une et l'autre institution. Mais alors nous entrons dans le domaine incertain des appréciations individuelles.

Les uns font triompher d'une manière absolue l'inaliénabilité de la dot. Sans doute, disent-ils, il est regrettable que la femme puisse rester impunie, surtout lors-

1. — Nous disons « en quel que sorte », parce que certains auteurs n'acceptent pas qu'on caractérise ainsi leur doctrine (Mongin, *loc. cit.*, n° 40) ; mais il faut reconnaître que ces auteurs ne reproduisent pas la pure doctrine de l'indisponibilité.

2. — L. 2, *de jure dot*, D., 23, 3 ; — L. 1, *solut matrim.*, D., 24, 3.

qu'elle est coupable de dol. Mais il faut bien s'incliner devant la volonté du législateur : or, il a frappé la dot d'inaliénabilité (art. 1554) ; puis il a indiqué les exceptions à cette règle (art. 1558), et, parmi ces exceptions, ne se rencontre pas l'hypothèse de dette née de délit ou de quasi-délit. C'est donc que la loi a considéré l'intégrité de la dot comme plus essentielle à l'ordre public que la réparation des délits. *Si lex voluisset, expressisset* ¹.

Les autres, au contraire, placent la nécessité de la réparation au-dessus de l'inaliénabilité de la dot. Il n'est pas admissible, dit Troplong, qu'il y ait une morale pour la femme commune en biens, et une morale différente pour la femme dotale. Si les biens dotaux, dit-il encore, sont inaliénables, « c'est dans un intérêt public, mais ce « n'est pas contre l'intérêt public ² ». L'idée, on le voit, comme toutes les idées vagues, n'est pas sans prêter à la déclamation et aux effets de mots. Aussi, dès qu'on descend à l'application, voyons-nous encore une divergence se produire entre les auteurs disposés cependant à sacrifier l'inaliénabilité dotale. Les uns ne la sacrifient qu'en faveur de la victime d'un dol ³ ; les autres consentent à

1. — Tessier, *De la dot*, I, p. 454 ; — Odier, III, 1251 ; — M. Mongin (*loc. cit.*, n. 18) indique sa préférence pour cette solution. — Cass., 25 février 1834, S. 34, I, 208 ; — Montpellier, 4 février 1842, S. 42, II, 253. Ce dernier arrêt, dans ses considérants invoque la personnalité des peines et dit que le crime ou délit de la femme ne saurait retomber sur ses enfants, dans l'intérêt de qui aussi l'inaliénabilité a été établie. Il y a là une confusion certaine : il s'agit uniquement de l'obligation civile de réparer.

2. — Troplong, *Contr. de Mar.*, t. IV, n. 3319.

3. — Zachariæ, t. IV, par. 670, note 30, édit. Massé et Vergé ; —

l'abandonner même pour la simple faute ¹. Cela vient simplement de ce que les premiers considèrent l'ordre public comme n'étant gravement menacé que par les actes intentionnels, au lieu que les seconds redoutent pour lui l'impunité même des fautes.

Et, chose curieuse, on ne conteste pas que la rente sur l'État soit insaisissable, même du chef de délit. Il y a donc, ici encore, place à une autre appréciation de l'ordre public! Ne serait-ce pas plutôt que l'insaisissabilité de la dot et l'insaisissabilité de la rente n'ont point le même fondement?

Quoi qu'il en soit, on voit, par cela seul, combien est flottante et incertaine la notion d'ordre public. Très nette en apparence, elle perd toute précision et toute clarté lorsqu'elle descend dans la réalité des faits. — Combien plus simple et plus ferme est notre théorie! L'inaliénabilité de la dot tenant à une incapacité de la femme, et l'incapacité n'ayant jamais pour objet que les obligations contractuelles, il va de soi que la femme dotale répond sur sa dot des obligations qui naissent indépendamment de la volonté. Or, la faute, à ce point de vue, est bien certainement sur la même ligne que le dol.

Troplong, *op. cit.*, n. 3327; — Guillouard, *Contr. de Mar.*, t. IV, n. 2096.

1. — Aubry et Rau, t. V. par. 538, texte et note 32.

2. — V. un jugement du tribunal de Figeac (Sirey, 1848, II, 242), qui dans ses considérants, réfute d'une manière directe et très forte, bien qu'en termes un peu emphatiques, l'idée d'ordre public qu'on veut donner pour fondement à l'inaliénabilité dotale. Ce jugement appuie aussi d'une façon ingénieuse sur l'article 1387 la responsabilité sur les biens dotaux.

DEUXIÈME PARTIE

Dol et faute des incapables à l'occasion d'un contrat

CHAP. I. — THÉORIE GÉNÉRALE

31. — Si l'accord peut être considéré comme complet sur la responsabilité des incapables pour leur dol et leur faute en dehors des contrats, il n'en est pas de même pour le dol et la faute qu'ils commettent à l'occasion d'un contrat. Quelle peut donc être la cause de ce désaccord? Quelles considérations particulières viennent modifier l'état de la question?

Ce n'est point, à coup sûr, dans la personne de l'incapable qu'il faut chercher les motifs du doute et de la difficulté. L'incapable dont il s'agit ici est le même que nous avons envisagé pour le dol et la faute en dehors des contrats. On ne voit pas en quoi sa responsabilité *naturelle* pourrait être modifiée par la circonstance que le dol ou la faute se sont produits à l'occasion d'un contrat. Cette responsabilité étant essentiellement une question de fait, n'exigeant jamais que l'appréciation d'un état subjectif, qu'importent l'occasion et les circonstances extrinsèques de l'acte dommageable?

Ce n'est pas davantage dans la nature du dol et de la faute qu'il convient de rechercher les raisons de douter. Que ce dol et cette faute soient commis en dehors de tout contrat, ou qu'ils soient commis à l'occasion d'un contrat, cela ne saurait en modifier la nature intime. Un dommage est causé ; est-il imputable à son auteur ? Si oui, il y a responsabilité naturelle, c'est-à-dire dol ou faute, au même titre que si le dommage avait eu lieu entre étrangers au lieu de s'être produit entre co-contractants.

Si des divergences s'élèvent, ce ne peut donc pas être au point de vue de la responsabilité naturelle. Mais n'avons-nous pas vu, dans notre *Première Partie*, que la responsabilité naturelle et la responsabilité juridique sont inséparables ? Cela cesserait-il donc d'être certain lorsque le dol ou la faute ont lieu en matière de contrats ? — On le prétend très généralement, et tel est en effet, bien précisé, le champ de la discussion : la responsabilité juridique ne correspondrait point ici à la responsabilité naturelle, et ce, à raison de cette circonstance extrinsèque qu'une convention est intervenue et que cette convention a été l'occasion du dol ou de la faute. Le contrat, le fait d'être entré en relations juridiques avec l'incapable, voilà, dans l'opinion générale, le fondement et la raison de l'irresponsabilité des incapables pour leur dol et leur faute dans les contrats. Les considérations et les arguments tirés de ce point de départ sont nombreux et variés. Passons-les successivement en revue, et voyons quelle est leur exactitude et leur portée.

32.— Le premier argument en faveur de la distinction est pris de ce que la victime du dol ou de la faute qu'on

appelle contractuels doit s'imputer en partie le dommage qu'il souffre.

Lorsqu'une personne, dit-on, a subi une perte par le dol ou la faute extra-contractuels d'un incapable, il serait tout à fait injuste de ne pas lui donner réparation ; car elle n'a eu aucun moyen de se prémunir contre l'acte dommageable. Le préjudice l'a atteinte comme il aurait pu atteindre toute autre personne ; elle n'a rien fait juridiquement qui la mit dans le cas d'être si déplorablement distinguée par l'incapable. — Au contraire, lorsqu'il s'agit du dol et de la faute contractuels, celui qui en souffre dommage s'y est en quelque sorte volontairement exposé ; c'est parce qu'il a contracté avec un incapable que celui-ci a pu lui causer un préjudice. En s'abstenant de toute relation juridique avec lui, il n'aurait couru aucun risque. Il semble donc que, pouvant se protéger lui-même, il ait moins besoin de la protection légale que la victime du dol ou de la faute extra-contractuels.

Voilà, certes, une différence indéniable entre les deux situations. Est-ce à dire qu'elle soit concluante pour le but qu'on veut atteindre et qu'il doive en résulter une différence quant à l'existence de la responsabilité juridique ? En aucune façon. Nous allons en fournir la preuve.

33. — Où puiser l'obligation de réparer, sinon dans la responsabilité naturelle ? Or, nous l'avons dit tout à l'heure, cette responsabilité naturelle est hors de cause, puisqu'elle est question de fait, et que nous la supposons exister. Donc, en se plaçant au point de vue de l'auteur du dommage, point de vue auquel on ne peut nier qu'il faille se placer, la responsabilité juridique ne fait

aucun doute. La circonstance qu'un contrat est intervenu, puisqu'elle ne peut, à coup sûr, supprimer la responsabilité naturelle, ne saurait donc, par là même, supprimer la responsabilité juridique. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que l'existence d'un contrat vint atténuer le dol et la faute, en modifier la nature intime, en un mot eût une influence quelconque sur la responsabilité naturelle. Or, nous le répétons, il est évident qu'il n'en est rien ¹.

Le dol, pour l'envisager spécialement, est toujours en lui-même un fait également et souverainement reprehensible. En quoi l'immoralité de l'acte est-elle diminuée par cette circonstance qu'on nuit à son co-contractant au lieu de nuire à une personne quelconque ? On serait plutôt autorisé à voir là un raffinement dans la malice, un abus de confiance ou mieux encore, comme on l'a dit ², « une sorte d'embûche et de guet-apens » qui vient aggraver la culpabilité. — Quant à la faute, si elle n'est pas précisément aggravée par l'existence d'un contrat, au moins n'en est-elle en rien diminuée ; et même on peut dire qu'elle est moins excusable, parce que le

1. — « La responsabilité est nécessairement délictuelle. Nous ne « prétendons pas que le contrat qui crée une relation quelconque « entre un homme et une chose ou entre deux hommes ne modifie « en rien la responsabilité ; nous soutenons seulement qu'il ne modifie pas la *nature* de la responsabilité, et qu'il ne crée pas une « responsabilité spéciale ». (*De la Responsabilité...*, par M. Lefebvre, *Rev. crit.*, 1886, p. 486).

2. — M. Labbé, dans *Sirey*, 1886, I, 1, note. M. Labbé repousse néanmoins la responsabilité de l'incapable.

seul fait de la convention devait plus particulièrement éveiller la vigilance et l'attention.

Aussi bien tout cela est-il hors de doute en soi. Et c'est justement pourquoi nos adversaires détournent avec soin leurs regards de l'incapable, auteur du dol ou de la faute, pour les concentrer exclusivement sur son co-contractant. L'incapable, disent-ils, est responsable naturellement; soit. Mais il ne doit pas néanmoins l'être juridiquement, parce que la victime a été imprudente! — Ce point de vue est-il plus décisif? Nous n'en croyons rien. Tout d'abord, comment l'imprudence de la victime justifierait-elle le dol commis contre elle? D'autant que cette imprudence le plus souvent se ramènera à une confiance mal placée. Depuis quand la culpabilité se recherche-t-elle chez la victime? Si cela devait être, il y aurait les mêmes raisons de décider entre personnes capables : on ne devrait jamais répondre de son dol ni de sa faute dans les contrats. Et ce n'est point là un paradoxe ni une exagération, quoi qu'il paraisse au premier abord; car, que l'auteur du dol soit un capable ou un incapable, il ne saurait y avoir là de raison de différence dans l'appréciation de l'imprudence de la victime. Puisque, comme nous l'avons vu, cette différence ne peut être puisée dans la personne, il ne peut être question de la faire résulter que de l'existence d'un contrat. Dès que, par conséquent, il existe un contrat, la raison de différence existe et la capacité ou l'incapacité ne sont pour rien dans le débat.

A moins qu'on ne dise que l'imprudence de la victime consiste, non pas dans le fait d'avoir contracté en général, mais dans le fait d'avoir contracté avec une personne qu'il

savait, à raison de l'incapacité, n'être pas responsable de son dol et de sa faute contractuels. — Mais alors la pétition de principe saute aux yeux, puisque la question est précisément de savoir si l'incapable répond de ce dol et de cette faute. Jusqu'à ce que cette question soit résolue, la discussion ne saurait donc être portée sur le terrain de l'imprudence de la victime, sous peine de tourner dans un cercle vicieux.

C'est donc bien seulement à l'existence d'un contrat qu'il est permis de se référer, pour rechercher si cette circonstance doit modifier la responsabilité. Dès lors, nous avons raison de dire que la question se présente exactement dans les mêmes termes pour les capables et pour les incapables et que si les uns sont déclarés non responsables, la même solution doit être admise pour les autres, puisque l'unique cause d'irresponsabilité, à savoir un contrat, existe identique dans les deux cas.

34. — On se récrie pourtant et l'on insiste sur l'imprudence de la victime qui a traité avec un incapable. Son imprudence, dit-on maintenant, consiste en ce qu'elle a contracté avec une personne qui, à raison de son incapacité, peut demander et obtenir la nullité de la convention. Cette convention étant annulée, le dol et la faute dont elle a été l'occasion disparaissent comme la convention elle-même : l'accessoire ne survit pas au principal. En d'autres termes, le dol et la faute dits contractuels ne s'expliquent que par l'existence du contrat, en sont une sorte de conséquence, anormale, il est vrai, mais enfin une conséquence ; comment donc l'incapable serait-il tenu des suites d'un contrat dont il demande et obtient l'annulation ?

Il n'est pas moins facile de répondre à cette objection qu'à la précédente. Certes, il y a, entre le capable et l'incapable, cette différence, que le premier ne peut en principe demander la nullité du contrat, tandis que le second possède ce droit en vertu de son incapacité. Mais ne voit-on le danger singulier de ce raisonnement ? Le contrat une fois annulé, le dommage causé par dol ou faute n'en subsiste pas moins. C'est là un fait, que rien ne saurait détruire. — L'accessoire, dit-on, doit disparaître avec le principal ! Formule vague, et qui, comme toutes ses semblables, s'évanouit dès qu'on la serre de près. Le dol et la faute sont-ils donc l'accessoire du contrat, comme l'hypothèque et le cautionnement sont les accessoires du droit de créance ? Le dol et la faute ne peuvent-ils exister sans contrat ? Ne venons-nous pas de consacrer la *Première Partie* de notre étude au dol et à la faute en dehors des contrats ? Le dol et la faute existent par eux-mêmes ¹ ; le contrat, quand il y en a un, n'en est qu'une circonstance extrinsèque, l'occasion même, si l'on veut. Si ce contrat est annulé, qu'importe ? Il n'en reste pas moins une source d'obligation indépendante, et qui se suffit à elle-même, à savoir le dommage causé par dol ou par faute. La victime ne pourra point, à la vérité, invoquer le contrat. Mais qu'a-t-elle besoin de l'action du contrat ? C'est de l'action délictuelle ou quasi-délictuelle qu'elle prétend se servir.

1. — Nous faisons des réserves pour la faute négative, c'est-à-dire la faute d'omission qui, elle, suppose nécessairement le contrat (v. nos 45-48).

Et c'est maintenant qu'apparaît nettement combien, si on voulait le pousser jusqu'au bout, est dangereux, non pour nous, mais pour nos adversaires eux-mêmes, le raisonnement qu'ils nous opposent. L'annulation du contrat ferait qu'on se trouve, non plus en présence d'un dol ou d'une faute en matière de contrats, mais d'un dol ou d'une faute en dehors des contrats ; d'où, pourrait-on conclure, responsabilité certaine de l'incapable, conformément aux principes établis dans notre *Première Partie*.

35. — Il n'y a qu'un dommage dont le co-contractant ne sera pas admis à se plaindre, parce qu'il résultera de l'exercice d'un droit : c'est le dommage que lui causera l'annulation du contrat sur la demande de l'incapable, pour incapacité ¹. On parle d'imprudence ! C'est ici, mais ici seulement, qu'il convient d'en parler. Si le co-contractant a été imprudent, ce n'est pas, nous l'avons dit, d'avoir noué des relations contractuelles avec un incapable, c'est uniquement de les avoir nouées sans exiger de celui-ci qu'il se fit habiliter. Là, l'imprudence est certaine ; aussi bien en portera-t-il la peine. Sans cela il serait vrai de dire que l'incapacité est un vain mot. L'incapable se prévaut de la nullité de l'acte : s'il n'a pas encore exécuté son obligation, il n'est point tenu de l'exécuter, et, s'il a reçu un équivalent, il ne doit le restituer que dans la mesure de son enrichissement ; s'il l'a dissipé, il ne doit rien ².

1. — Et encore faut-il réserver le cas où l'incapable a fait croire à sa capacité ; car alors la demande en nullité du contrat se confond avec le dol, dont elle est l'achèvement.

2. — L. 5, pr., *de auct. et cons.*, D. 26, 8. — Code civil : art. 1312.

Voilà l'effet propre de l'incapacité ; mais c'est là aussi tout son effet. Établie pour protéger l'incapable contre les engagements qu'il peut *vouloir* assumer, elle est à sa disposition pour lui permettre de se délier. Mais dès qu'il s'agit de responsabilité, c'est-à-dire d'obligations qui naissent malgré la volonté, l'incapacité n'a plus rien à faire. Qu'importe donc que le dommage soit causé à l'occasion ou en dehors d'un contrat, puisque, ce contrat dut-il être annulé, le fait de dol ou de faute n'en subsiste pas moins indépendant et source autonome d'obligation ?

36. — Il y a d'ailleurs un cas dans lequel l'imprudence du co-contractant ne saurait être sérieusement alléguée, et ce cas de dol sera de beaucoup le plus fréquent chez les incapables, dont il est en quelque sorte la spécialité. Nous voulons parler de l'incapable qui trompe sur son incapacité.

Comment alors reprocher à la victime d'avoir traité avec un incapable, puisqu'elle croyait de bonne foi à la capacité ? — Peut-être insinuera-t-on qu'elle est bien néanmoins en faute de s'être laissée tromper sur ce point. Mais, dans un contrat entre capables, quand le dol porte, par exemple, sur le motif du contrat ou sur les qualités de l'objet, ne peut-on dire la même chose ? Le capable trompé par le capable n'est-il pas en ce sens, lui aussi, en faute ? Dès l'instant que le dol tend à induire en erreur, et l'erreur étant un fait personnel à celui qui en est victime, on pourrait toujours dire qu'il y a faute de la part de la victime ¹. Or, tel n'est pas notre droit, et

1. — Les Romains primitifs, on s'en souvient, ne venaient pas au secours de la victime du dol ni même de la violence.

tel n'était plus déjà le droit romain classique. Il n'est donc point séant d'alléguer l'espèce de faute¹ du co-contractant trompé, à la décharge de l'incapable qui commet un dol en faisant croire à sa capacité.

D'ailleurs, et ce point est digne de remarque, personne ne conteste, au moins comme principe, la responsabilité de l'incapable qui trompe sur sa capacité. Le droit romain donnait certainement cette solution², et le Code civil la reproduit expressément en ce qui concerne le mineur³. Pour nous, nous ne sommes point embarrassé d'expliquer cette responsabilité, puisque nous l'admettons d'une manière générale dans les contrats. Pour les autres, le texte de la loi suffit à motiver leur décision. Seulement, tandis que nous, nous ne voyons là qu'une application d'un principe général, eux y trouvent au contraire une exception à ce qu'ils considèrent comme la règle en matière de responsabilité des incapables⁴.

Quoi qu'il en soit de l'explication, on ne peut s'empêcher de songer, en présence de cette responsabilité certaine, à une règle si connue qu'elle passe pour un axiome : *Nul n'est censé ignorer la condition de celui avec qui il contracte*. Cette règle, exprimée par les jurisconsultes

1. — Dire qu'il y a faute quand on est victime d'un dol, c'est méconnaître la distinction si juste entre le fait et la faute : la victime du dol est toujours, en un sens, trompée par son fait ; elle l'est rarement par sa faute, car alors elle ne serait pas véritablement trompée.

2. — V. au Code, le titre *Si minor se majorem dixerit...* (livre II, t. 43), et notre commentaire de ce titre (n° 61 et suiv.).

3. — Code civil : art. 1307.

4. — Ou même ils allèguent qu'il ne s'agit pas là d'un dol dans les contrats, mais d'un délit.

de Rome, n'est pas reproduite expressément dans le Code civil; mais on n'en est pas moins certain de son existence et l'article 1307 en est donné comme une application. Comment donc concilier cette maxime, qui semble devoir conduire à l'irresponsabilité des incapables pour leur dol consistant à tromper sur l'incapacité, avec les dispositions de droit positif qui établissent au contraire sûrement la responsabilité de l'incapable pour ce même dol?

La contradiction entre ces deux règles n'est qu'apparente; elles se limitent simplement l'une l'autre. L'incapacité, établie pour la protection des incapables, perdrait une grande partie de son efficacité, si le co-contractant de l'incapable n'avait qu'à prouver son ignorance de l'incapacité pour qu'il ne fût pas tenu compte de celle-ci. On ne peut exiger de l'incapable, généralement déclaré tel à raison de son inexpérience, qu'il prenne toujours la précaution de déclarer son état à celui qui s'offre à lui pour contracter. La personne qui veut entrer en relations juridiques avec une autre peut bien prendre, puisqu'elle sait qu'il existe des incapables, la précaution de demander à son co-contractant s'il ne se trouve pas par hasard dans cette catégorie d'individus. Si elle ne le fait, elle se montre d'une extrême imprudence, sans que, d'autre part, l'incapable ait rien fait pour la jeter dans l'erreur. La maxime *Nemo censetur ignorare conditionis ejus cum quo contrahit* n'est que l'expression de cette idée. Le co-contractant n'est pas admis à alléguer son erreur spontanée.

Que si maintenant l'incapable s'est conduit de manière

à produire cette erreur, s'il a affirmé sa capacité, ce n'est plus seulement son erreur que vient alléguer le co-contractant, mais aussi le dol de l'incapable, source de responsabilité. De là les dispositions de droit positif qui déclarent, dans ce cas, l'incapable responsable en principe de son dol. Il n'y a plus lieu de le protéger, puisque son inexpérience n'est plus en cause et qu'au contraire il a fait preuve de malice et de mauvaise foi.

Est-ce là, comme on l'a dit souvent, mettre l'incapacité à la propre disposition de l'incapable? Certes non. Quand il trompe sur son incapacité, ce n'est point ordinairement dans le but de s'obliger valablement, mais bien plutôt dans le but de se retrancher ensuite derrière son incapacité, lorsque son co-contractant a exécuté son obligation, et pour se refuser, lui, à exécuter la sienne. Le déclarer responsable n'est donc point consacrer sa volonté, mais au contraire le punir et lui faire supporter la peine de son dol ¹. D'ailleurs, à supposer que son intention soit de s'obliger valablement et qu'il s'entende même à ce sujet avec son co-contractant, le danger n'est pas aussi grand qu'on pourrait le croire ; car le dol n'est une cause de responsabilité que lorsqu'il produit l'erreur. Si donc le co-contractant n'est point trompé, il n'y aura pas respon-

1. — Cela est d'autant plus vrai, que le dol de l'incapable qui trompe sur son incapacité n'entraîne pas, en principe, comme sanction, le maintien du contrat : il n'en est ainsi que pour le mineur et, dans un cas déterminé, pour la femme dotale. Pour tous autres incapables, le dol dont il est question n'empêche point la nullité du contrat, mais entraîne seulement obligation de réparer le dommage causé par l'annulation (V. nos 93-97).

sabilité. L'incapable, ou mieux son représentant, pourra toujours faire la preuve de la mauvaise foi du co-contractant.

Tels sont les principes en cette matière. Le dol qui consiste à tromper sur la capacité entraîne responsabilité comme tout autre dol actif, et il est évident que la seule déclaration de capacité constitue par elle-même un dol à ce point de vue. Bien plus, le silence malicieusement gardé constituerait lui-même un dol, un dol négatif ¹; mais nous savons que l'incapable ne répond pas de ce dol ². Tout cela n'est point discuté.

Mais le dol dont nous nous occupons a de tous temps fait l'objet d'une législation spéciale, lorsqu'il s'agit de savoir quels caractères il doit revêtir, quel degré de mauvaise foi et de perversité il doit présenter pour entraîner responsabilité. Et c'est à ce point que commence ici la discussion. La simple déclaration de capacité suffit-elle à entraîner responsabilité, — ou bien faut-il que le dol soit en quelque sorte accompagné de circonstances aggravantes, de manœuvres frauduleuses dénotant une volonté de tromper plus acharnée ? Telle est la question, qui a fait l'objet des préoccupations tant des jurisconsultes romains que de nos auteurs coutumiers et des ordonnances royales, et qui se pose encore aujourd'hui sous l'empire du Code civil. Nous verrons que les

1. — Même avant sa formation, le contrat fait naître entre les parties certaines obligations, qui se résument en l'obligation de ne pas manquer à la bonne foi.

2. — Cela résulte du sens dans lequel il faut entendre la maxime *Nemo censetur ignorare....* V. aussi, n° 45, B. a.)

incapables dont l'incapacité peut se laisser soupçonner par l'aspect de la personne physique (impubères, mineurs) semblent avoir toujours été à ce point de vue distingués des autres incapables (v. n^{os} 62; 66-69; 75, 76 et 79).

37. — On fait valoir, en faveur des incapables, d'autres considérations encore, tirées, elles aussi, de la circonstance qu'un contrat existe.

L'une, très spécieuse, consiste à dire que, l'incapacité ayant été établie pour empêcher certaines personnes de se ruiner dans la gestion de leurs propres affaires, il serait singulier d'exiger de ces personnes qu'elles prêtent aux intérêts d'autrui les soins qu'on les reconnaît incapables de donner aux leurs. Si leur faiblesse nécessite une protection, cette protection doit être générale, comme l'état d'où elle dérive, et s'appliquer aussi bien à la faute nuisible à autrui qu'à celle qui nuit à l'incapable lui-même. Ne supprime-t-on pas, sans cela, la protection là précisément où elle devient le plus nécessaire?

Cette observation, tout d'abord, est sans valeur pour le dol. La loi peut bien songer à garantir certaines personnes des conséquences dommageables de leur inexpérience; elle ne songera jamais à les garantir des suites de leur malice et de leur méchanceté. D'ailleurs, le dol ne saurait être commis que contre autrui; si, par inexpérience, on peut se nuire à soi-même, il n'en est pas ainsi du dol, qui tend bien plutôt à se procurer un enrichissement injuste.

Quant à la faute, celle que commet l'incapable dans la gestion de ses propres affaires et celle qu'il commet au détriment d'autrui ne se ressemblent en rien. L'incapable

qui fait une opération désavantageuse se nuit à lui-même : son incapacité, destinée précisément à le protéger contre ce danger, lui permettra de faire annuler la convention. Ce n'est pas proprement une faute qu'il a commise : il y a eu simplement de sa part ignorance ou faiblesse dans la conclusion même du contrat, qui ne doit son existence dans de telles conditions qu'à cette ignorance ou cette faiblesse. Il n'est pas même besoin toujours que l'opération ait été désavantageuse à l'incapable, pour qu'il ait le droit d'en demander la nullité ¹ : le seul fait de l'incapacité donne droit à cette nullité, car il s'agit d'une incapacité civile, l'incapacité contractuelle ; de sorte que la nullité peut être demandée sans même que l'incapable ait fait preuve d'inexpérience. Du reste, la protection qui lui est ici accordée n'est en aucune façon au détriment du co-contractant : l'incapable n'a rien fait pour le tromper sur sa condition ; c'était à lui d'exiger l'habilitation. — Au contraire, quand, dans un contrat, l'incapable commet une faute nuisible à son co-contractant, il nuit à celui-ci comme il nuirait à un étranger par une faute extra-contractuelle. La protection qu'on lui accorderait alors lui serait donnée au détriment d'autrui. Il est, à la vérité, incapable de contracter ; aussi bien n'est-ce pas de cela qu'il s'agit : la faute qu'il a commise n'est pas dans la convention qu'il a consentie, mais dans le fait qui constitue la faute, très

1. — Cela n'est exigé que pour le pubère mineur de vingt-cinq ans, à Rome, et, dans notre droit, pour le mineur (art. 1305, C. c.) Encore existe-t-il, en droit français, des divergences très sérieuses sur les conditions auxquelles le mineur peut demander la nullité de ses actes.

distinct de la convention ¹. Annulez cette convention ; le dommage reste, source suffisante d'obligation, puisqu'il est le résultat d'une faute et que la responsabilité naturelle est supposée exister.

Observons enfin que le raisonnement qu'on nous oppose porte beaucoup trop loin, ce qui suffit à en montrer l'inexactitude. La protection de l'incapable, dit-on, doit être générale, comme l'état d'où elle dérive et, par suite, s'appliquer même à la faute nuisible à autrui. Si cela était exact, il faudrait déclarer l'incapable dispensé de la réparation de sa faute même en dehors des contrats. Or, c'est ce que personne n'admet.

On va revenir peut-être à ce sujet sur l'idée d'imprudence : le co-contractant a facilité la faute, en mettant, par exemple, la chose aujourd'hui endommagée à la disposition de l'incapable. Nous répondrons, comme nous l'avons déjà fait, que l'imprudence a consisté uniquement à ne pas exiger l'habilitation ² de l'incapable, qu'en conséquence le co-contractant sera puni de cette imprudence par l'annulation possible du contrat, mais que cela ne supprime point la faute et le dommage qui en est résulté, et qu'il y a là une source d'obligation indépendante du contrat. Certes, il pourra se faire, et nous le verrons, que la victime n'ait à réclamer aucune réparation ; mais ce ne sera point parce que l'incapable n'est pas en principe respon-

1. — Nous faisons toujours nos réserves pour la faute négative, d'omission (v. n^{os} 45-48).

2. — Nous disons « habilitation » pour employer un terme large et général sans prétendre à l'exactitude parfaite de cette expression pour chacun des incapables.

sable de sa faute : ce sera uniquement parce que le dommage résultant de la faute disparaîtra parfois derrière un dommage plus considérable résultant de l'exercice d'un droit, à savoir l'annulation du contrat pour incapacité.

38. — Enfin, on allègue, en faveur des incapables, que la répression de leur dol et de leur faute en matière de contrats est beaucoup moins vivement réclamée par l'ordre public que leur dol et leur faute en dehors des contrats. Chacun, dit-on, est menacé par leur délit et quasi-délit, tandis que leur dol et faute contractuels ne menacent que ceux qui consentent à entrer en relations avec eux.

Il est encore aisé de faire sentir le peu de valeur de cette considération. Qui est capable de dol contractuel est parfaitement capable de dol extra-contractuel. Le premier n'est pas une spécialité dans laquelle on se cantonne à raison d'aptitudes spéciales ou de goûts particuliers. La barrière qui les sépare l'un de l'autre est peu de chose, l'occasion ; et on la franchira d'autant plus aisément que le dol extra-contractuel n'exige peut-être pas autant d'adresse et de ruse que le dol contractuel. — Dire, d'ailleurs, que l'un menace tout le monde et que l'autre ne menace qu'une personne, le contractant, c'est, il nous semble, être quelque peu dupe des apparences. Tout fait suppose une détermination : le dol extra-contractuel implique donc le choix d'une victime déterminée, tout comme le dol contractuel. On fait une confusion entre deux idées : celle du danger social et celle des moyens de défense de la victime. Il est bien vrai que, dans le cas de dol contractuel, si le

co-contractant n'avait pas traité, il n'aurait pas été victime du dol; il avait ainsi un moyen de défense que n'avait pas la victime du dol extra-contractuel. Mais, d'abord, tout cela n'est qu'une question de degrés : telle personne, plus diligente dans la surveillance de ses biens, aurait évité le dommage causé par le délit dont vient de souffrir son voisin. Et, ensuite, de ce qu'on peut se défendre plus aisément d'un dol que de l'autre, il ne s'ensuit pas que ce dol risque de s'attaquer à moins de personnes que l'autre. — On nous opposera encore l'imprudence de la victime. Nous avons suffisamment répondu sur ce point pour nous dispenser de recommencer ici : outre que l'imprudence n'atténue en rien la culpabilité, cette imprudence n'a consisté qu'à traiter avec un incapable sans exiger son habilitation; or, à cette imprudence correspond la nullité des obligations contractuelles de l'incapable, voilà tout. La responsabilité reste en dehors de cette question.

D'ailleurs, s'agit-il donc ici avant tout d'une question d'ordre public? N'est-ce pas uniquement de l'obligation civile de réparer que nous nous préoccupons? C'est un intérêt privé qu'il s'agit de sauvegarder, et qui se trouve également lésé dans l'une et l'autre hypothèse. Au danger public correspond le point de vue pénal. Qu'on se montre, si on le veut, moins sévère dans la répression du dol et de la faute en matière de contrats, nous ne discutons pas cet ordre d'idées dans ce travail. Mais encore ne pouvons-nous nous empêcher d'observer qu'à Rome, si, en présence du dol ou de la faute d'un incapable, les juriconsultes conseillaient quelques adoucissements, c'était

uniquement en ce qui concernait les conséquences pénales, et cela aussi bien pour le dol et la faute en dehors des contrats que pour les mêmes faits en matière de contrats. Quant aux conséquences civiles, elles ne subissaient aucune atteinte, et l'obligation de réparer restait toujours intacte.

39. — La pensée pourrait venir d'établir une différence entre le dol et la faute, en basant cette distinction sur la notion si incertaine d'ordre public. Le dol, dit-on souvent, fait exception à toutes les règles ¹; c'est ainsi qu'il est reconnu qu'on ne peut s'en décharger par convention. La loi ne peut vouloir protéger qui que ce soit contre son propre dol. — Pour la faute, au contraire, il est généralement admis qu'on peut s'en exonérer par la convention; l'ordre public est ici beaucoup moins intéressé. Dès lors, n'est-il pas raisonnable de considérer celui qui contracte avec un incapable comme l'ayant implicitement dispensé de sa faute, puisque le fondement de l'incapacité est la faiblesse intellectuelle ou morale et l'inexpérience?

Il est certain que pour quiconque ne place que dans l'ordre public la raison de la responsabilité des incapables, cette distinction entre le dol et la faute doit paraître séduisante. Mais nous nous sommes attaché à faire sentir l'incertitude d'une pareille base, en montrant à quelles appréciations diverses elle donnait lieu dans son application (n° 30). Nous retrouvons ici la preuve du peu de fixité de cette notion: M. Labbé admet la distinction en 1882 ²,

1. — Labbé dans *Sirey*, 1882, II, 249 note.

2. — Labbé, dans *Sirey*, *loc. cit.*

pour la rejeter ensuite en 1886 ¹, et déclarer les incapables non tenus de leur dol ni de leur faute dans les contrats.

Nous aussi nous repoussons cette distinction, mais pour aboutir à un tout autre résultat. Les incapables répondent aussi bien de leur faute ² que de leur dol : le fondement que nous avons reconnu à la responsabilité des incapables conduit rigoureusement à cette solution. L'incapacité, avons-nous dit, n'est établie qu'en ce qui concerne les engagements contractuels ; dès, par conséquent, qu'il s'agit d'obligations qui prennent naissance indépendamment de la volonté, l'incapacité n'a plus rien à voir, et les incapables en sont tenus comme les capables. Or, ce caractère est évidemment commun à la faute et au dol. C'est à ce titre que chacun s'accorde à déclarer les incapables responsables de leur dol et de leur faute en dehors des contrats : la distinction qu'on ne fait pas alors n'a pas plus de raison d'être ici.

On allègue cependant l'existence d'un contrat comme raison de différence : entre personnes étrangères l'une à l'autre, l'exonération de la faute ne saurait être sous-entendue, au lieu qu'entre co-contractants on peut à la rigueur la sous-entendre, quand l'un d'eux est incapable. Mais rien n'autorise cette supposition d'intention. Et d'ailleurs elle est parfaitement inutile. La faute, dit-on, se conçoit mieux de la part d'un incapable que de la part d'un capable ! Cela, d'abord, n'est pas exact pour tous les

1. — Labbé, dans *Sirey*, 1886, I, 1, note. — M. Labbé ne fait d'exception que pour le dol qui consiste à tromper sur l'incapacité.

2. = Voir page 84, note 1.

incapables : la femme mariée, la femme dotale, l'interdit dans un intervalle lucide ne sont pas plus excusables que la fille, la veuve ou l'homme habituellement sain d'esprit. Reste le mineur. Mais quel danger y a-t-il à le déclarer tenu de sa faute, puisque la responsabilité juridique n'existera jamais que s'il y a responsabilité naturelle ? Les personnes de cet âge, dit-on, sont particulièrement exposées à commettre des fautes. C'est là un langage inexact. Que leur inexpérience les mette dans le cas de causer plus souvent du dommage, c'est ce qu'on ne saurait contester. Mais en présence du dommage causé, il n'y a pas faute toujours, mais seulement s'il y a imputabilité. Si l'acte dommageable commis par l'incapable s'explique facilement par l'inexpérience de son âge, cet acte ne sera pas une faute, mais un simple fait. Pourquoi le considérer comme déchargé des conséquences de ses actes, sans rechercher s'il y a de sa part faute ou simple fait ? Pourquoi faire souffrir la victime d'une présomption de ce genre, qui risque de dénier la responsabilité juridique là où existe la responsabilité naturelle ?

40. — Nous terminerons la réfutation de la distinction, au point de vue de l'existence de la responsabilité, entre le dol et la faute en dehors des contrats et le dol et la faute dans les contrats, en essayant de montrer combien incertaine et peu précise est cette distinction considérée en elle-même.

C'est introduire dans la réalité des faits une séparation d'une netteté qui confine à l'erreur, que de dire : tout dol et toute faute sont contractuels ou extra-contractuels, — et de fonder sur cette classification toute

une théorie de la responsabilité des incapables, dont la conclusion est celle-ci : les incapables, tenus de réparer le dommage causé par leur dol et leur faute contractuels, parce qu'alors il n'y a aucune imprudence de la victime, ne sont pas tenus de réparer le dommage causé par leur dol et leur faute contractuels, parce que la victime, en s'abouchant avec eux, s'est imprudemment exposée au dommage qu'elle souffre aujourd'hui et qu'elle aurait pu éviter en s'abstenant de toutes relations juridiques avec un incapable.

Il suit de là que la cause de l'irresponsabilité de l'incapable serait le fait, pour la victime, d'avoir en quelque sorte, bien que sans intention, prêté son concours, fourni l'occasion du dol ou de la faute. Mais alors nous demandons aux partisans de cette doctrine comment ils résoudront l'espèce suivante. Un incapable veut déterminer une autre personne à répudier une hérédité avantageuse ou à libérer un débiteur qui ne l'a point payée ; dans ce but, il la persuade que la succession est surchargée de dettes, ou que son débiteur est complètement insolvable. L'incapable est-il tenu de réparer le dommage qu'il a pu ainsi causer ? Est-ce oui ? Nous objecterons alors que cela est singulier, puisque la victime du dol s'est abouchée avec l'incapable. — Est-ce non ? Nous objectons qu'il n'y a pas eu de contrat et que, par suite, le dol ne saurait être qualifié contractuel. Que si l'on prétend que, pour qu'il y ait dol contractuel, il faut que les relations entre les parties soient des relations juridiques, nous demanderons alors en quoi l'imprudence de la victime est dans ce cas plus grande que lorsqu'elle a prêté l'oreille aux suggestions de l'incapable.

pable qui l'amène à refuser l'hérédité avantageuse ou à libérer son débiteur.

D'ailleurs, voici une autre hypothèse où le caractère juridique des relations se rencontre certainement, et où cependant l'embarras ne saurait être moindre. Un usufruit est établi contractuellement par une personne au profit d'une autre. Le constituant meurt, laissant un enfant mineur, lequel, pour affranchir son terrain de l'usufruit qui le grève, le fait disparaître sous une construction. Cet incapable est-il tenu de son dol? Oui, dites-vous, parce que la victime n'a pu se défendre, n'est pas entrée en relations avec lui. Mais, pourtant, l'occasion du dol est bien un contrat, le dol devrait donc être considéré comme contractuel!

Supposons enfin un contrat consenti par un tuteur. Le mineur commet ensuite un dol ou une faute relatifs à ce contrat. Est-ce dol ou faute contractuels? Mais où est l'imprudence de la victime? N'a-t-elle point traité avec qui elle devait, avec le tuteur? — Est-ce au contraire dol ou faute extra-contractuels? Mais, par l'effet de la représentation ¹, n'est-ce donc point le mineur qui est partie au contrat?

Une espèce assez récemment soumise aux tribunaux ², nous montre sous un autre jour encore l'incertitude de la distinction que nous combattons. Une vente avait été

1. — Nous parlons en droit français (art. 430, C. c.).

2. — Cours de cass., 23 novembre 1885 (S., 86, I, 1, — 2^e espèce), arrêt sur lequel nous aurons à revenir (affaire duchesse de Bauffremont). La cour de Cassation ne fut pas appelée à se prononcer sur l'espèce dont nous parlons au texte.

conclue entre un capable et un incapable, sous réserve de fixation du prix par expert. Celui-ci se trouve dans l'impossibilité de procéder à la détermination du prix, de sorte qu'en définitive la vente n'est point parfaite. Mais l'incapable avait commis, relativement à ce contrat commencé, un dol préjudiciable à l'autre partie. Devait-on le déclarer obligé à réparation? Le tribunal de Tours et, après lui, la cour d'Orléans, répondirent affirmativement, en motivant leurs décisions sur l'absence de contrat. — Ne voit-on pas combien cette solution prête à la critique, si l'on songe seulement au motif de la distinction qu'on veut faire entre le dol contractuel et le dol extra-contractuel? C'est l'imprudence de la victime, qu'on allègue, pour dispenser l'incapable de la réparation de son dol contractuel! Or, l'imprudence, si l'on devait prendre en considération cette idée, ne consiste-t-elle point à s'aboucher avec un incapable? Qu'importe à ce point de vue que les pourparlers aboutissent ou n'aboutissent point? Devrait-on prendre en considération le sort ultérieur du contrat? S'il devait en être ainsi, nous répéterons ce que nous avons déjà dit en présence d'un contrat annulé pour incapacité ou pour toute autre cause : le dol et la faute commis à l'occasion de ce contrat cesseraient d'être contractuels dès que le contrat est annulé!

Le *criterium* est donc incertain et, par là même, la distinction sans valeur. Le terrain devient glissant, pour qui s'engage dans cette voie. Le mieux est de l'abandonner, d'autant plus qu'à la supposer précise, elle est loin de conduire sûrement à l'irresponsabilité des incapables pour leur dol et leur faute dits contractuels : nous nous

sommes efforcé de le démontrer dans les numéros précédents.

41. — Nous n'avons jusqu'ici fait que combattre la théorie de nos adversaires. Outre que ce travail préalable s'imposait en lui-même, il a déjà pour résultat de faire pressentir la théorie que nous allons proposer. Etant donnée la responsabilité indiscutable des incapables pour leur dol et leur faute en dehors des contrats, nier toute distinction entre ce dol et cette faute et le dol et la faute en matière de contrats, c'est dire suffisamment qu'on entend reconnaître dans ce dernier cas, comme dans le premier, l'existence de la responsabilité. Ce résultat était d'ailleurs tout indiqué par le principe que nous nous sommes maintes fois efforcé de mettre en lumière : l'incapacité et la responsabilité sont deux choses complètement indépendantes, et à la responsabilité naturelle correspond toujours la responsabilité juridique. Il nous faut à présent préciser notre doctrine, en bien marquer les traits principaux et en montrer le fonctionnement.

42. — Entre co-contractants le dol et la faute commis peuvent être soit de même nature que le dol ou la faute entre étrangers, soit d'une nature différente et propre aux co-contractants. Entre personnes qui ne sont point liées par un contrat, il n'y a place qu'à la faute et au dol actifs. Entre co-contractants, outre cette faute et ce dol actifs, il y a place aussi au dol et à la faute que nous appellerons négatifs.

Voici le sens de ces expressions et les idées qu'elles recouvrent. Le dol et la faute actifs sont ceux qui consistent en un fait extérieur dommageable, intentionnel

dans un cas, non intentionnel dans l'autre. Je brise méchamment ou par imprudence les vitres de mon voisin : voilà un dol et une faute actifs. L'intention mauvaise ou l'imprudence se sont manifestées activement ; il y a un fait positif, d'où découle le dommage. Au contraire, la faute et le dol négatifs ne se manifestent que par une abstention ou une omission. Dépositaire de la chose d'autrui, je la laisse intentionnellement exposée aux mains des voleurs ; commodataire, je laisse mourir, faute de soins, le cheval que vous m'avez prêté : voilà un dol et une faute négatifs. On désigne généralement cette faute sous le nom de faute d'omission.

Ceci compris, il va de soi que, tandis que la faute et le dol actifs sont possibles entre co-contractants comme entre étrangers, la faute et le dol négatifs ne sauraient, au contraire, se rencontrer qu'entre co-contractants, parce qu'on n'est légalement tenu d'agir pour autrui que si l'on s'y est obligé par convention.

Cette première distinction faite entre la faute et le dol actifs et la faute et le dol négatifs, il en faut faire une seconde, suivant que l'incapable a, ou n'a pas, valablement contracté.

43. — I. L'incapable n'a pas valablement contracté. — C'est, par exemple, en droit romain, un impubère sans l'*auctoritas tutoris* ; en droit français, une femme mariée sans le consentement de son mari, une personne pourvue d'un conseil judiciaire sans l'assistance de ce conseil, un interdit sans son tuteur ¹.

1. — Nous ne donnons pas pour exemple, en droit français, le

A. *Faute et dol actifs*. — L'incapable répond de sa faute et de son *dol actifs*. Notre principe, en effet, est que le fait qui, en dehors de tout contrat, constitue un dol ou une faute, et fait naître à la charge de son auteur une obligation de réparer, ne cesse pas d'être un dol ou une faute parce qu'il a lieu à l'occasion d'un contrat, et continue, par là même, d'obliger à réparation. Le dol et la faute actifs ne prennent rien du contrat ¹ et n'ont pas besoin de lui pour être une source suffisante d'obligation. Qu'on les appelle, comme on le fait couramment, délictuels dans un cas, contractuels dans l'autre, outre que cette opposition de termes ne se trouve pas dans la loi, la différence de dénomination n'est pas nécessairement le reflet d'une différence de nature. Qu'il y ait des différences entre ces deux hypothèses de dol et de faute, notamment au point de vue de la charge de la preuve, nous n'en disconvenons pas, bien que cela même soit

mineur qui prend seul part à un contrat ; car il faudrait trop préciser ici, à raison de l'incertitude qui existe sur la condition du mineur (art. 1305).

1. — Au moins à notre point de vue de l'existence de la responsabilité. Le dol et la faute *contractuels*, dit-on couramment, ne s'expliquent que par le contrat. C'est là une confusion, causée par le préjugé que fait naître cette terminologie imparfaite de *dol contractuel*. Oui, le caractère contractuel, si l'on veut employer ce mot, ne peut s'expliquer que par l'existence d'un contrat ; mais le dol et la faute, comme tels, ne supposent pas nécessairement le contrat : un dol et une faute de même nature peuvent être commis en dehors de tout contrat. Le caractère contractuel n'est qu'un incident, une circonstance du dol et de la faute, qui peut-être doit produire des conséquences au point de vue de la charge de la preuve, mais n'en saurait produire aucune au point de vue de l'existence même du dol et de la faute, c'est-à-dire de la responsabilité.

fortement contesté ¹. Ce que nous prétendons, c'est qu'aucune différence ne saurait être admise au point de vue de l'*existence* de la responsabilité, puisque cette responsabilité est tout à fait indépendante de la capacité contractuelle, et que l'unique source de l'obligation de réparer est le fait positif dommageable et imputable à son auteur.

Qu'importe donc que le contrat soit annulé pour incapacité? Ce n'est pas de ce contrat que découle la responsabilité. L'obligation contractuelle anéantie, l'obligation délictuelle de réparer subsiste intacte. L'une et l'autre n'avaient point la même source; or, une seule de ces sources est détruite. Pourrait-on attaquer l'autre? Il faudrait pour cela qu'on pût alléguer que l'incapable ne s'est pas fait habiliter pour commettre le dol ou la faute, ce qui ne manquerait point d'être plaisant.

44. — Voyons maintenant le fonctionnement de ces principes, le résultat pratique de la combinaison de la nullité du contrat pour incapacité avec l'existence de l'obligation de réparer qui résulte de la faute et du dol actifs.

Une distinction s'impose entre le cas où le contrat obligeait l'incapable à restituer au co-contractant la chose de celui-ci, et le cas où le contrat l'obligeait à faire avoir au co-contractant sa propre chose, à lui, incapable.

Dans le premier cas, l'annulation du contrat pour incapacité n'enlèvera jamais à la victime le droit à la répara-

1. — V. Lefebvre, *De la Responsabilité...*, Rev. crit. 1886, p. 485 ; — Robin, *De la Responsabilité...*, notamment au point de vue du fardeau de la preuve, Thèse de Doctorat, Paris, 1887.

tion ; car l'annulation n'empêchera pas que l'incapable ait détérioré la chose d'autrui, et qu'il soit tenu de la restituer, puisque cette chose n'est pas la sienne.

Dans le second cas au contraire, il se trouve que la victime du dol ou de la faute n'aura pas droit à réparation, non parce que l'incapable n'en serait pas responsable, mais parce que le dommage résultant de ce dol ou de cette faute disparaît derrière un dommage plus considérable qui, celui-là, résulte de l'exercice d'un droit : nous voulons parler du dommage causé par l'annulation du contrat pour incapacité. Puisque le but du contrat était d'obliger l'incapable à livrer sa propre chose, qu'importe qu'il l'ait ensuite volontairement ou imprudemment détruite ou détériorée ? Son co-contractant ne saurait se plaindre (il n'en aura pas même l'occasion de recevoir une chose endommagée, puisqu'il n'a pas le droit d'exiger cette chose. Les choses se passeront donc comme si l'incapable n'était point responsable de son dol ni de sa faute. Mais nous prions de le remarquer, ce n'est que dans le résultat qu'il y a analogie, et non dans la cause. L'incapable est responsable ici comme dans l'hypothèse précédente. Que si, malgré cela, la victime ne peut pas demander réparation, c'est uniquement parce que le droit de l'incapable de demander la nullité et l'exercice de ce droit entraînent forcément pour le co-contractant un dommage plus ou au moins aussi considérable que celui qu'ont pu causer le dol ou la faute, de sorte que ce dol ou cette faute ne lui causent aucun préjudice particulier.

Dans ce cas, cependant, une question peut s'élever, si

l'incapable avait reçu un équivalent ; car, le contrat étant annulé, il est bien tenu de le restituer, mais, par une faveur de la loi, il n'en est tenu que jusqu'à concurrence de ce qui a tourné à son profit. Telle est du moins la règle ¹. Mais cette règle doit-elle s'appliquer même au cas où l'incapable a commis un dol ou une faute ? Cette faute ne viendra-t-elle pas empirer la situation de l'incapable et l'obliger à la restitution du tout ? — Il faut reconnaître que non, toujours par cette raison que la faute ne cause ici au co-contractant aucun préjudice particulier : si l'incapable n'a plus dans son patrimoine tout l'équivalent, ce n'est pas par suite de sa faute dans le contrat, mais uniquement parce qu'il l'a dissipé ; il n'aurait point commis de dol ou de faute, que cet équivalent, dans l'espèce, ne se retrouverait pas davantage entre ses mains ².

Nous n'avons supposé jusqu'ici qu'un dol ou une faute dans l'exécution du contrat. Mais le dol, principalement, peut s'être produit dans la formation du contrat : si l'on est en présence d'un *dolus dans causam contractui*, pour parler la langue des glossateurs, il est hors de doute que le co-contractant de l'incapable pourra demander lui-même la nullité du contrat, ce qui sera la forme la plus urgente de la réparation du dol dont il a été victime. Entre capables, au moins, c'est la première réparation qui s'imposerait ³. Or, l'incapable serait-il admis à se prévaloir

1. — L. 5, pr., *de auct. et cons.*, D. 26, 8. — Code civil : art. 1312.

2. — V. toutefois n° 92, pour le cas où le dol serait intervenu dans la formation du contrat.

3. — L. 7, pr., *de dol. mal.*, D. 4, 3 ; L. 11, p. 5, *de act. empt.*, D. 19. — Code civil : art. 1116.

de son incapacité pour demander le maintien du contrat ? Ce serait un spectacle bien nouveau ! Le dol et l'incapacité concourent donc ici pour l'annulation de la convention.

Que si le dol dans la formation du contrat a consisté de la part de l'incapable à faire croire à sa capacité, le jeu normal des règles de l'incapacité, d'une part, et de la responsabilité, d'autre part, semble conduire au résultat suivant : annulation du contrat pour incapacité, sur la demande de l'incapable ; puis dommages-intérêts au profit du co-contractant, pour le préjudice qu'il souffre par cette annulation. Tel doit être, en effet, à notre sens, le résultat ordinaire. Toutefois, comme à raison de la nature particulière de ce dol spécial aux incapables et qui tend à faire croire au co-contractant qu'il participe à une convention parfaitement valable, la forme de réparation à laquelle il semble devoir prétendre avant tout soit le maintien du contrat, nous nous contentons d'indiquer ici ce que nous croyons être néanmoins la règle, nous réservant de l'étudier plus longuement à l'occasion des dispositions de droit positif qui font naître les difficultés (v. nos 93-97).

45. — B. — *Faute et dol négatifs.* — Les incapables ne répondent point de leur faute ni de leur dol négatifs.

a. — Considérons d'abord la faute. En ce qui la concerne, la justification de la règle que nous posons est des plus faciles. La faute négative, ou faute d'omission, n'est rien autre chose que l'inexécution d'obligations contractuelles : or, l'incapable n'ayant pu valablement assumer ces obligations, puisque son incapacité est une incapacité de contracter, comment lui reprocherait-on un défaut de

soins auxquels il n'a pas pu s'obliger ? La responsabilité d'omission se confond pleinement avec l'obligation contractuelle ; elles ne font qu'un, ou, pour mieux dire, il n'y a point à proprement parler de responsabilité d'omission. Celui qui ne prête pas à la chose les soins auxquels l'oblige le contrat ne fait que manquer à une obligation purement contractuelle : on ne saurait le poursuivre qu'au nom du contrat. Or, quand il s'agit d'un incapable, ce contrat n'est pas valable. C'est pour lui un droit de ne pas exécuter les obligations que la convention avait pour but de faire naître à sa charge : comment, dès lors, le poursuivrait-on pour les avoir omises ?

Que si l'incapable répond de sa faute active, c'est que, le contrat annulé, il subsiste un fait, un fait dommageable et imputable à son auteur, source suffisante d'obligation. Le devoir juridique de ne pas nuire activement à autrui, s'il est corroboré par le contrat, survit à ce contrat, comme il lui a préexisté. La faute d'omission, au contraire, suppose nécessairement le contrat, n'est possible que par lui, de telle sorte que, si le contrat n'est pas valable, s'il n'a pas obligé l'incapable, il y a de la part de celui-ci impossibilité juridique de faute négative. L'obligation contractuelle anéantie, toute source d'obligation fait défaut. La seule chose qu'il soit possible d'alléguer contre l'incapable, c'est de n'avoir pas exécuté le contrat ; or, son incapacité a précisément pour but de le dispenser de cette exécution. Autrement, il est évident qu'il n'y aurait point d'incapacité ou qu'elle ne serait qu'un vain mot ¹.

1. — C'est ainsi que l'incapable ne saurait répondre de la demeure.

Voilà la vraie, mais aussi l'unique faute *contractuelle* ! Voilà où l'expression est exacte et ne saurait être critiquée ! Aussi, lorsqu'on dit, comme on le fait couramment, que les incapables ne répondent pas de leur faute contractuelle, si l'on n'entendait par là que la faute d'omission, nous applaudirions pleinement à cette déclaration. Mais il n'en est pas ainsi, nous le savons ; et, par faute contractuelle, on entend toute faute, même active, commise à l'occasion d'un contrat. Le but de cette étude est de montrer qu'il y a là cependant deux espèces de fautes très différentes et qui, par cela même, doivent être soigneusement distinguées au point de vue de la responsabilité des incapables.

Observons, en terminant sur la faute, que cette distinction, qui repose sur des assises juridiques très solides, est en outre en parfait accord avec la raison. La faute active supposant une activité, un fait, l'attention a dû ou pu être éveillée sur les suites de ce fait. La faute négative, au contraire, puisqu'elle consiste uniquement en une omission, n'a évidemment pu éveiller l'attention : puisqu'on omet le fait même qu'on devrait accomplir, comment l'attention serait-elle éveillée sur les suites de cette omission ? On doit donc être, en fait, plutôt capable de faute active que de faute négative ; car celle-ci suppose une force de réflexion abstraite et susceptible de se mettre en mouvement d'elle-même. Aussi bien, en ce point, le droit correspond-il exactement au fait, puisque, comme cela résulte de ce que nous avons dit, la capacité de faute d'omission n'est pas autre chose que la capacité contractuelle.

b.—Ce que nous venons d'exprimer pour la faute négative est-il vrai aussi du dol négatif? Bien que la solution puisse paraître ici plus douteuse, l'affirmative nous semble néanmoins en définitive s'imposer¹.

A quelles obligations l'incapable a-t-il manqué? Aux mêmes obligations que nous envisagions dans l'hypothèse de faute, c'est-à-dire à des obligations qu'il n'a pas pu valablement assumer, à des obligations purement contractuelles. Il existe, à la vérité, cette différence entre le cas de simple faute et le cas de dol, que celui qui par dol n'exécute pas les obligations nées ou plutôt qu'on voulait faire naître du contrat, s'abstient méchamment et dans l'intention de nuire et qu'il est ainsi à coup sûr plus coupable que celui qui omet simplement de prendre soin des intérêts de son co-contractant. La faute négative, pourrait-on remarquer avec raison, est négative absolument, à tous points de vue, aussi bien au point de vue subjectif qu'au point de vue objectif: il n'y a ni fait extérieur ni acte de volonté. Le dol négatif, au contraire, ne l'est qu'au point de vue objectif, en ce sens qu'il ne se traduit pas par un fait positif; mais il implique toujours un acte de volonté, la volonté de s'abstenir. Dès lors, serait-on tenté de conclure, le dol étant toujours en lui-même répréhensible, qu'importe la forme sous laquelle il se manifeste?

1. — Nous donnions tout à l'heure comme synonyme de faute négative l'expression plus facilement intelligible de « faute d'omission ». Nous ne pouvons plus parler de dol d'omission, puisque le dol implique volonté, et omission, un oubli de la volonté. Si l'on l'on voulait un synonyme, ce serait plutôt « dol d'abstention. »

Qu'est-il besoin de pitié pour celui qui *veut* être méchant ? Faut-il donc prendre en considération le procédé par lequel on nuit volontairement ? L'ordre public s'oppose à une pareille distinction.

Voilà, certes, des considérations de nature à produire l'hésitation. La morale conseille la répression du dol sous toutes ses formes. Il ne faut pas oublier cependant que, si le législateur doit avant tout s'inspirer de la morale, le jurisconsulte ne peut accepter une solution qui ne soit appuyée sur le droit. Or, à quel résultat nous conduisent très logiquement les règles du droit positif ? A celui-ci, qu'on ne saurait être poursuivi pour n'avoir pas exécuté, fût-ce volontairement, des obligations auxquelles on n'était pas tenu. Prenons une vente consentie par un incapable : il se refuse à livrer à l'acheteur la chose vendue. N'est-ce point rigoureusement un dol, surtout s'il a déjà reçu et dissipé le prix ? Que nous [dit cependant le droit positif ? En se refusant à l'exécution du contrat, l'incapable ne fait qu'user du droit qui lui appartient. Son obligation de livrer était purement contractuelle, le contrat seul avait pu la créer : or, l'incapacité, nous le savons, est une incapacité de s'obliger par contrat, de sorte que la responsabilité se confond intimement avec l'obligation. S'il en est ainsi de l'inexécution volontaire de l'obligation principale, à plus forte raison doit-il en être de même à l'égard des obligations accessoires, telles que celle de prendre soin et de conserver.

Il y a, en définitive, entre le dol actif et le dol négatif cette différence certaine, que le co-contractant a droit à ce que l'incapable ne lui nuise point par son fait, pas plus

qu'un étranger, en d'autres termes il a droit à l'inaction de l'incapable comme de tous autres, et voilà pourquoi l'incapable est tenu de son dol et de sa faute actifs; mais le co-contractant n'a pas droit à l'activité de l'incapable, cette activité ne pouvant être imposée que par une obligation contractuelle que l'incapable n'a pas pu valablement assumer, et voilà pourquoi l'incapable ne répond point de sa faute ni de son dol négatifs. En résumé, et pour qui est bien pénétré de ces idées, il n'est pas besoin de dire que les incapables ne sont pas responsables de leur faute ni de leur dol négatifs: il suffit de dire qu'ils sont incapables de s'obliger par contrat. Le dol négatif, voilà le vrai et seul dol contractuel, si l'on veut se servir de ces expressions; la faute d'omission, voilà la vraie et unique faute contractuelle. Aussi, dans cette mesure et en ce sens, sommes-nous le premier à proclamer que les incapables ne répondent point de leur dol ni de leur faute contractuels.

C'est au sujet de ce dol et de cette faute seulement qu'il convient de parler de l'imprudence du co-contractant. Oui, il a été imprudent de croire que l'incapable emploierait son activité pour ses intérêts; car il devait savoir qu'il ne pouvait l'y obliger. Aussi bien en portera-t-il la peine. Mais on ne saurait lui reprocher d'avoir compté que l'incapable n'emploierait pas son activité contre ses intérêts: il avait droit à cela vis-à-vis l'incapable comme vis-à-vis toute autre personne. Aussi aura-t-il droit à réparation, pourvu que l'incapable soit responsable naturellement.

46. — II. **L'incapable a valablement contracté.** —

Il répond alors, en principe, de tout dol et de toute faute : dès qu'il y aura chez lui responsabilité naturelle, il y aura aussi responsabilité même pour la faute et le dol négatifs.

En ce qui concerne la faute et le dol actifs, cela ne saurait faire doute. Puisque l'incapable en répond alors même qu'il n'a pas valablement contracté, il est évident qu'il continue d'en répondre lorsqu'il s'est valablement obligé. On serait même tenté d'invoquer un *à fortiori*. Nous nous en abstenons cependant, pour ne pas donner prise à nos adversaires sur le premier point. De même que la nullité du contrat n'influe en rien sur la responsabilité pour faute et dol actifs, de même la validité de ce contrat n'ajoute rien à la certitude de la responsabilité. Nous avons trop ouvertement professé l'indépendance respective de la capacité et de la responsabilité, pour nous prévaloir maintenant, et d'ailleurs bien inutilement, de cette circonstance que la capacité se rencontre.

Quant à la faute et au dol négatifs, la démonstration de la responsabilité des incapables qui ont valablement contracté résulte directement de l'absence complète des raisons qui nous les ont fait déclarer irresponsables lorsqu'ils n'étaient pas habiles ou habilités pour contracter. L'incapable, disions nous, ne saurait être tenu pour l'omission, ni même pour l'inexécution volontaire d'obligations contractuelles qu'il n'a pu valablement assumer : le contrat annulé, rien ne reste comme source d'obligation. Or, ici, l'incapable a valablement contracté, et le contrat subsistera toujours comme source d'obligations. On ne peut plus dire que l'incapable a manqué à

une règle qui ne s'imposait pas à lui ; il ne pourra prétendre être dispensé de réparer son dol ou sa faute sous prétexte que l'obligation à laquelle il a failli va tomber par l'annulation du contrat. La conclusion est donc l'obligation de réparer, qui n'est en somme que l'obligation d'exécuter le contrat valablement formé.

47. — Est-ce donc à dire que la responsabilité juridique ne correspondra plus nécessairement à la responsabilité naturelle, et que le point de vue de la capacité va influencer ici sur le point de vue de la responsabilité ? En aucune façon. Nous ne déclarerons ici encore de responsabilité juridique que là où nous reconnaitrons la responsabilité naturelle.

Voici quelle est exactement la situation. Le contrat a établi une loi à laquelle l'incapable est tenu de se conformer en principe comme un capable, puisqu'il a valablement contracté. Voilà quelle est la conséquence unique de la capacité : établir valablement une loi qui s'impose à l'incapable. L'existence de cette loi donne l'occasion d'y manquer, d'y contrevenir : voilà maintenant le point de vue de la responsabilité. Et bien, en présence d'un manquement involontaire ou volontaire à cette loi, il y a lieu de se demander s'il existe chez l'incapable responsabilité naturelle, auquel cas seulement il faudra déclarer aussitôt la responsabilité juridique. En d'autres termes, l'effet de la capacité ou de l'habilitation n'est que de permettre la création d'une situation particulière analogue à celle qui existe pour tous en vertu de la loi générale qui oblige chacun à réparer le dommage causé par sa faute.

Cela compris, voici le résultat auquel nous arrivons.

L'incapable répondra, comme un capable, de son dol négatif, puisque dol implique intention de nuire et, par là même, responsabilité naturelle.

Quant à la faute négative, l'application de notre théorie exige plus de développements.

48. — La responsabilité juridique, avons-nous dit maintes fois déjà, dépend intimement de la responsabilité naturelle. Cela est vrai, en principe, pour les capables comme pour les incapables, les deux idées de capacité et de responsabilité étant indépendantes l'une de l'autre. Toutefois, au moins en ce qui regarde les capables, le droit romain et notre droit français ont posé, quant à la faute négative, des règles abstraites qui semblent porter, dans une certaine mesure, atteinte à ce principe. Il existe, en effet, depuis Rome, une théorie de la faute contractuelle, dont le but est de déterminer à l'avance et de préciser l'étendue de la responsabilité du co-contractant. Le contrat établit une loi entre les parties, oblige chacune d'elles ou l'une seulement à employer son activité dans l'intérêt de l'autre ; mais il ne détaille pas minutieusement l'étendue ni les applications de cette obligation. Quel degré d'attention, quelle quantité de soins le vendeur est-il tenu de prêter à la chose vendue en attendant la tradition ? Généralement les parties ne s'expliquent point là-dessus. La théorie de la faute contractuelle vient suppléer à ce silence, à cette incertitude. Selon le but du contrat, l'obligé sera censé avoir voulu promettre une activité plus ou moins grande. Tantôt il sera considéré comme ne s'étant engagé qu'aux soins qu'il prête habituellement à ses propres affaires ; et alors la responsabilité juridique et

la responsabilité naturelle continueront de correspondre. Tantôt on le regardera comme tenu des soins que donne à ses propres intérêts, non plus lui, l'obligé, mais un type abstrait, idéal, qu'on désigne, depuis le droit romain, sous le nom de bon père de famille¹; et c'est ici que la responsabilité juridique va pouvoir se rencontrer peut-être sans la responsabilité naturelle. Il est possible, en effet, que telle personne, partie au contrat, ne soit pas en fait le type du bon père de famille; sa responsabilité juridique n'en sera pas moins mesurée à celle de ce type abstrait.

Il ne s'agit là, en réalité, que d'une présomption de l'intention des parties: quelle situation ont-elles entendu créer entre elles? Aussi, parvenu à ce point, pouvons-nous constater qu'il n'y a point encore, même là, dérogation à la règle de la correspondance étroite des deux responsabilités juridique et naturelle. Il n'y a dérogation qu'apparente, puisque cette théorie de la faute contractuelle n'a d'autre but que de préciser la portée de la loi créée par le contrat. Celui-là même qui n'est pas un bon père de famille est présumé avoir promis dans l'espèce les soins d'un bon père de famille; il devait connaître cette présomption de la loi et, puisqu'il ne l'a pas écartée,

1. — Telle est même la règle posée par le Code civil (article 1137, 1^{er} al.). Toutefois, des exceptions, que fait pressentir le 2^e al. de ce même article et qui se rencontrent dans diverses dispositions du Code (v. par ex. art. 804 et 1927) rapprochant sensiblement la théorie française de la théorie romaine. (Pour le droit romain, voyez: L. 5, pr. 2, *Commod.*, D., 13, 6; L. 108, p. 12, *de leg.* 1^o, D., 30; L. 23, *de reg. jur.*, D., 50, 17; — *Collat. leg. mos.*, Tit. X, cap. 2, pp. 1-3).

il est censé l'avoir acceptée. Pas de doute, dès lors, qu'il ne soit en faute, s'il n'a point prêté les soins auxquels il s'est obligé : sa faute, en somme, est de n'avoir pas rigoureusement exécuté le contrat ; il s'agit moins de responsabilité que d'obligation contractuelle, ainsi qu'il en est toujours de la faute négative.

Quoi qu'il en soit, voilà ce qui est certainement vrai des capables. Cette théorie de la faute contractuelle, c'est-à-dire de la faute négative, doit-on l'appliquer aux incapables ? Il semble, à première vue, qu'il n'y ait aucune raison de différence. L'habilitation n'a-t-elle pas eu pour but de mettre l'incapable, vis-à-vis son co-contractant, dans la même situation qu'un capable ? Sans cela, l'incapacité resterait indélébile et continuerait de produire effet, au moins dans une certaine mesure, malgré toutes les précautions prises par le co-contractant en conformité de la volonté de la loi.

L'assimilation complète de l'incapable qui a valablement contracté au capable ne nous paraît pourtant pas, au point de vue de la faute contractuelle, devoir être acceptée sans contrôle, et peut-être cet examen va-t-il nous conduire à penser que la théorie de la faute contractuelle proprement dite, c'est-à-dire de la faute négative, ne doit pas être, même alors, strictement appliquée. La raison de douter vient de ce que l'habilitation nous apparaît comme destinée bien plus, sinon exclusivement, à procurer le but principal du contrat, qu'à permettre l'établissement des liens de droit accessoires dont l'inobservation constitue la faute négative. La nature même des formalités d'habilitation le prouve suffisamment. Prenons pour

exemple un faible d'esprit pourvu d'un conseil judiciaire (art. 499 C. c.). Il vend l'un de ses immeubles avec l'assistance de son conseil¹. La vente est valablement formée, en ce sens que l'incapable est tenu de livrer l'immeuble à l'acheteur. Tel a été le but principal de la vente, pour ne pas dire son but unique, au point de vue de l'acheteur; et c'est pour l'atteindre sûrement qu'il a exigé l'assistance du conseil. — Mais, entre la vente et la tradition s'écoule un temps plus ou moins long, pendant lequel le vendeur ne prête pas à la chose tous les soins d'un bon père de famille (art. 1137 C. c.), de sorte qu'au jour de la tradition elle a diminué de valeur par sa faute. Peut-on dire que l'incapable, habilité pour l'aliénation par vente, l'a été aussi pour les obligations accessoires tacitement contenues dans le contrat? L'habilitation tendait-elle donc à autre chose qu'à rendre possible l'aliénation valable de son immeuble? Comment aurait-elle la vertu de lui donner pour l'avenir aptitude à prêter aux intérêts de l'autre partie les soins d'un bon père de famille? L'assistance du conseil était utile dans la vente pour la sauvegarde des intérêts de l'incapable. Mais comment cette assistance, qui a eu lieu à un moment précis et limité, serait-elle pour l'avenir un gage de sagesse et de prudence chez cet incapable? Que l'on présume, de la part d'un capable, le consentement à se conduire en bon père de

1. — En droit romain, supposer un mineur de vingt-cinq ans qui s'engage avec le *consensus* de son curateur, ou un pupille avec l'*auctoritas* de son tuteur.

famille, cela n'a rien d'exagéré ; car, si chacun ne réalise pas ce type abstrait du sage administrateur, au moins chacun devrait-il le réaliser. Mais on ne saurait en dire autant des incapables, que la loi déclare tels précisément parce qu'elle les considère comme rien moins que de bons pères de famille. L'incapable est, par définition légale, exactement l'opposé de cet idéal. L'habilitation a pour but de ne le point priver de la jouissance des droits dont on juge imprudent de confier à lui seul l'exercice ; cette institution, établie dans son intérêt, ne doit pas être retournée contre lui. L'assistance du conseil, par exemple, est, nous venons de le dire, un acte instantané, et non continu. Au moment où l'incapable se met en faute, il n'a plus cette assistance, il est livré à lui-même : lui appliquer la théorie de la faute contractuelle serait faire produire à l'habilitation des effets contre l'incapable, alors que la protection qui en résulte a cessé d'exister.

Voici donc quelle est, à notre sens, la condition de l'incapable au point de vue de sa faute contractuelle, ou négative. Il ne répond jamais que de la faute qu'il ne commettrait pas dans la gestion de ses propres affaires ; la responsabilité juridique restera pour lui toujours étroitement liée à la responsabilité naturelle. On ne saurait nier qu'il est raisonnable de ne point mesurer la diligence d'un incapable à celle d'un bon père de famille.

Cela même nous fait prévoir que la responsabilité pour la faute négative se rencontrera plus ou moins fréquemment suivant les différentes catégories d'incapables. Ceux dont l'incapacité est plus particulièrement basée sur la nature, c'est-à-dire sur la faiblesse de l'état intellectuel

ou mental, devront bénéficier d'une appréciation plus indulgente. La femme mariée, au contraire, qui serait parfaitement capable si elle était fille ou veuve, devra être mise à peu près sur le même rang que les capables.

49. — Tout ce que nous avons dit du dol et de la faute commis par les incapables à l'occasion de contrats est applicable au dol et à la faute qu'ils peuvent commettre à l'occasion de quasi-contrats. Ceux-là mêmes qui nient la responsabilité des incapables pour leur dol et leur faute dans les contrats doivent nous opposer ici une résistance bien moins vive; car ils ne peuvent plus alléguer toujours l'imprudence de la victime, comme, par exemple, dans le quasi-contrat de gestion d'affaires, lorsque l'incapable joue le rôle de gérant.

CHAP. II. — DROIT ROMAIN

50. — Les principes que nous venons d'établir sur les données de la raison, le droit romain va nous les montrer appliqués par ses jurisconsultes. Il nous sera facile de dégager, d'abord des règles générales en matière de dol et de faute, ensuite de textes précis visant directement notre question, cette idée capitale qui fait le fond de notre théorie : les incapables répondent de leur dol et de leur faute à l'occasion des contrats comme nous les avons précédemment vus répondre de leur dol et de leur faute en dehors des contrats.

Nous envisagerons en premier lieu le dol et la faute en général, c'est-à-dire le dol et la faute que pourraient commettre des capables aussi bien que des incapables.

Nous prendrons ensuite à part un fait de dol spécial aux incapables, à savoir celui qui consiste à tromper sur l'incapacité, et nous rechercherons les règles particulières à cette espèce de dol, tant dans ses conditions d'existence juridique que dans la forme de sa réparation.

51.—I. **Dol et faute en général.**—Si nous remontons d'abord aux époques primitives de la législation romaine, nous nous trouvons en présence d'une règle dont il nous faut exactement apprécier la portée à notre point de vue. Cette règle, c'est que, en matière contractuelle, on ne

répond point, en principe, de son dol ni de sa faute. En d'autres termes, le contrat n'est point par lui-même une source de responsabilité. Les contrats, à cette époque lointaine, résultent moins de l'accord et de la liberté des volontés que du fait extérieur des solennités accomplies (*nexum, stipulatio*); il n'y avait d'obligations contractuelles que celles qui découlaient directement des paroles employées. C'est ainsi que dans la *stipulatio dandi*, celui qui a promis un esclave est libéré par la mancipation de cet esclave, encore que préalablement il lui ait fait absorber un poison; il ne sera pas inquiété à raison de son dol, parce qu'il n'avait point promis de s'abstenir de dol et que cette obligation, dans l'espèce, ne saurait être que contractuelle, puisque ce n'est pas l'esclave d'autrui qu'il empoisonne, mais le sien propre. J'ai promis un cheval. Par ma négligence, faute des soins les plus élémentaires, tels que la ration normale de nourriture, l'animal meurt avant la mancipation. Je serai libéré par la tradition ¹ du cadavre du cheval; car je ne suis point en faute, n'ayant pas promis de veiller à la conservation de ce cheval.

Ces règles, bien évidemment, étaient communes aux capables et aux incapables. Seulement on pouvait, à l'aide d'une *clausula doli* ou *culpæ*, s'obliger utilement à la prestation de certains soins et à l'abstention de tout dol. Mais alors on se trouvait en présence de dol et de faute exclusivement contractuels, consistant en la violation ou l'omission d'obligations créées par le contrat et que les incapables ne pouvaient valablement assumer.

1. — Nous supposons admis que le cadavre d'un animal qui était *res Mancipi* n'est pas lui-même *Mancipi*.

52. — Est-ce à dire que les incapables engagés dans des liens contractuels n'avaient jamais à répondre du dol ou de la faute qu'ils commettaient à l'occasion de ce contrat? En aucune façon. Ils répondaient des faits de dol et de faute dont les capables eux-mêmes étaient tenus en l'absence de *clausula doli* ou *culpæ*. Nous avons dit maintes fois que la capacité et la responsabilité étaient deux idées complètement indépendantes; cette vérité doit trouver ici encore son application: la condition des incapables ne différera en rien de celle des capables, au point de vue de l'existence de la responsabilité.

Nous avons vu (n° 15) que quatre catégories de faits dommageables étaient d'abord apparus aux anciens Romains comme méritant plus particulièrement d'être réprimés: ce sont les faits qualifiés *furtum*, *rapina*, *damnum injuria datum* et *injuria*. Or, ces quatre délits privés pouvaient se produire entre co-contractants aussi bien qu'entre étrangers, et ils portaient alors la même qualification et étaient poursuivis à l'aide des mêmes actions.

Est-il utile de rappeler la large définition du *furtum*? « *Furtum*, nous dit le jurisconsulte Paul, *est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei vel etiam usus ejus possessionisve* ». — (L, 1, p. 3, de *furtis*, D., 47,2; — *Inst.* livre IV, T. 1, p. 1). *Contrectatio*, manie-ment, présente une signification beaucoup plus étendue que notre mot « soustraction ». Et c'est justement ce qui va nous permettre de voir fréquemment dans les contrats le dol constituer un *furtum*, et faire naître au profit de la victime une *actio furti*, une *condictio furtiva*. Un déposi-taire ou commodataire aliène la chose, un gagiste refuse

la restitution du gage, j'affecte à mes besoins personnels ou à l'acquittement de ma propre dette une somme que j'ai reçue pour la compter au créancier d'autrui, voilà autant de vols au sens romain du mot (*furtum rei*). — (*Inst.* livre II, t. VI, *de usucap.*, p. 4 ; — L. 22, p. 7, *Mandati*, D., 17, 1 ; — L. 52. pp. 7 et 16, *de furtis*, 47, 2 ; — L. 27, pr., *Depos.*, 16, 3).

Mais le *furtum* peut être aussi un *furtum usus*, un *furtum possessionis*, et ces cas de *furtum* vont nous montrer le dol du co-contractant réprimé dans une foule d'hypothèses par l'*actio furti*. Celui qui, détenant régulièrement la chose d'autrui, en use sans droit et sachant qu'il agit contre le gré du propriétaire, commet un *furtum usus*. Pourront donc être poursuivis par l'*actio furti* le dépositaire et le gagiste qui font de la chose un usage quelconque, le commodataire qui l'affecte à un usage que son contrat n'autorise pas (Gaius, III, pp. 195 et 196 ; — L. 5, p. 8, *Commod. D.*, 13, 6).

Bien plus, le propriétaire lui-même peut-être tenu de l'*actio furti* pour manquement à une obligation contractuelle : dès qu'il enlève une chose à quelqu'un qui la possède et qui est intéressé à conserver cette possession, par exemple à un gagiste non payé, il commet un *furtum possessionis* (Gaius, III, 200). Il en est de même s'il dépouille un simple détenteur, mais régulièrement nanti et intéressé à ne pas se dessaisir ; par exemple, c'est un commodataire ou un usufruitier qui ont fait des dépenses nécessaires et qui retenaient la chose *pignoris loco* (L. 15, pp. 1 et 2 ; L. 59, *de furtis*, D., 47, 2). De même encore s'il dépouille un acquéreur de bonne foi (Gaius, III, 200).

— Ulpien nous montre l'*actio furti* intentée par un associé contre son co-associé (L. 45, *pro socio*, D., 17,2).

Quant au *damnum injuria datum*, on se souvient quels caractères devait présenter la faute pour que la victime fût dans le cas d'invoquer la loi Aquilie. On se souvient aussi que la notion de faute Aquilienne alla s'élargissant beaucoup, mais qu'elle impliqua toujours une faute active. Et bien, pourvu que les caractères de la faute prévue se rencontrassent, la loi Aquilie trouvait son application, sans avoir égard aux circonstances dans lesquelles la faute avait été commise, c'est-à-dire aussi bien entre co-contractants qu'entre étrangers. Ulpien nous présente un associé agissant contre son co-associé par l'*actio legis Aquiliæ* (L. 47, p. 1, *pro socio*, D., 17,2). Et la loi 49 ajoute, comme exemple : « *Si hoc facto societatem læsit : si, verbi gratia, negotiatiorem servum vulneravit vel occidit* » ; voilà bien la faute active, la faute délictuelle prévue par la loi Aquilie, et qui reste telle, c'est-à-dire délit, même dans les contrats (V. aussi L. 7, p. 1, *Commod.*, D., 13, p. 6). Dans le contrat de gage, Paul nous donne la loi Aquilie comme servant à procurer la réparation du dommage causé au gage par la faute active du créancier gagiste (L. 18, *ad leg. Aquil.*, D., 9,2). L'usufruitier a contre le nu-propriétaire l'action Aquilienne, sans distinguer si l'usufruit a été constitué par contrat ou par tout autre mode (L. 12, *ad leg. Aquil.* D., 9,2). La même action trouve son application dans le louage (L. 27, p. 11, *ad leg. Aquil.*). Papinien et Paul nous la montrent intervenant dans la stipulation (L. L. 54 et 55, *ad leg. Aquil.*).

On peut donc dire, d'une manière générale, que l'exis-

tence d'un contrat n'empêchait en rien l'application de la loi Aquilie, et que l'action Aquilienne servait à obtenir réparation du dommage causé par la faute active, même si elle avait lieu à l'occasion d'un contrat.

Mais le *furtum* et le *damnum injuriæ* étaient loin d'embrasser tous les cas de dommage causé par faute ou dol, même actifs. Cette lacune fut en grande partie comblée par la création de l'*actio de dolo* et par l'admission d'actions *in factum* destinées à compléter le système de la loi Aquilie (v. n^{os} 17 et 18). — Or, il est certain d'une part que l'action de dol était donnée entre co-contractants aussi bien qu'entre étrangers, pourvu que celui qui l'intentait n'eût aucun autre moyen d'obtenir réparation. Il est également certain, d'autre part, que cette action était en elle-même considérée comme fondée sur un délit, et cela sans que les textes distinguent jamais à ce point de vue selon qu'elle est intentée entre co-contractants ou entre étrangers. — Quant à l'*actio in factum* donnée dans l'hypothèse de faute active, on ne voit aucune raison pour qu'elle ne soit point donnée entre co-contractants comme l'*actio legis Aquiliæ* dont elle n'est que le complément.

53. — Ce rapide exposé du dol et de la faute actifs commis à l'occasion des contrats n'est pas un hors d'œuvre. Il a pour but direct de nous permettre d'établir cette proposition, qui est le fond même de notre théorie : les incapables sont tenus de réparer le dommage qu'ils ont causé par leur dol et leur faute actifs dans les contrats comme en dehors des contrats. Tout fait dommageable, dont l'auteur est un incapable, et qui donnerait lieu à une action entre étrangers, donnera également lieu à

cette même action entre co-contractants. Ce que les textes vont nous montrer bientôt comme indiscutable, l'organisation de la réparation du dol et de la faute dans les contrats nous le fait déjà fortement présumer.

Il suffit, en effet, pour s'en convaincre, de combiner ces deux idées parfaitement établies : 1° les actions *furti*, *vi bonorum raptorum*, *injuriæ*, *legis Aquiliæ*, *de dolo*, sont données contre les incapables (nos 15-19); — 2° ces actions naissent du dommage causé par faute ou dol actifs commis soit entre co-contractants, soit entre étrangers (n° 52). Aucun des textes qui donnent ces actions contre les incapables ne songe à distinguer entre le cas où le dommage est causé à l'occasion d'un contrat et celui où il est causé en dehors de tout contrat. La conclusion qui s'impose est que, dès qu'on est en présence d'un fait prévu par l'une de ces actions, elle est donnée aussi bien contre l'incapable que contre le capable.

54. — Il faut maintenant nous rendre un compte exact du fonctionnement de ces règles dans les contrats de bonne foi. Faute de quoi l'on pourrait prétendre, en s'appuyant tant sur les principes que sur certains textes, que les incapables ne répondaient pas de leur faute ni de leur dol actifs dans ces sortes de contrats, qui devinrent bientôt les plus nombreux et les plus fréquents.

Dans les contrats de droit strict, la poursuite du dol et de la faute des incapables ne rencontrait pas d'obstacle dans la nullité du contrat, puisque ce n'était pas de l'action du contrat que se servait la victime pour obtenir réparation. Dans les contrats de bonne foi, au contraire, l'action contractuelle servait à la poursuite du dol et de

la faute : «... *In exempto quidem actione cessat de dolo actio quoniam est ex empto* ¹ ».... Il semble, dès lors, que le dommage causé par l'incapable à l'occasion d'un contrat de ce genre ne pouvait pas être poursuivi, puisque, le contrat étant nul, l'action contractuelle ne pouvait prendre naissance. Et telle est bien, en effet, la décision d'Ulpien dans l'hypothèse d'un impubère commodataire : « *Impuberes commodati actione non tenentur, quoniam nec consistit commodatum in pupilli persona sine tutoris auctoritate, usque adeo ut, etiamsi pubes factus dolum aut culpam admiserit, hac actione non teneatur, quia ab initio non constitit* ² ».

Il est très vrai que l'incapable ne pouvait pas être poursuivi à raison de son dol et de sa faute par l'action contractuelle, et la décision d'Ulpien est irréprochable. Mais il n'est pas moins vrai que l'incapable répondait cependant, en principe, de la faute et du dol actifs qu'il commettait à l'occasion des contrats de bonne foi, comme de sa faute et de son dol actifs à l'occasion des contrats de droit strict ou en dehors des contrats. De ce que l'action contractuelle ne peut être intentée, faute d'avoir pris naissance, il ne suit nullement qu'aucun autre moyen de réparation ne soit possible. La décision d'Ulpien va même nous conduire à l'application la plus exacte de notre théorie.

Ne serait-il pas, tout d'abord, singulier que, dans les contrats de *bonne foi*, la faute et le dol fussent moins sû-

1. — L. 7. p. 3, *de dolo malo*, D., 4, 3.

2. — L. 1, p. 2. *Commod.*, D., 13, 6.

rement réprimés que dans les contrats de droit strict? De ce que le dol et la faute peuvent être poursuivis par l'action contractuelle, il ne résulte en aucune façon que ce dol et cette faute voient changer leur nature. L'explication très simple de ce fait vient de ce que, dans les contrats de bonne foi, l'action est plus compréhensive que dans les contrats de droit strict. Le fondement de l'action en réparation ne peut avoir changé : c'est toujours le dol et la faute. Comment le changement dans la forme de la réparation entraînerait-il un changement dans l'imputabilité? L'*actio empti*, lorsqu'elle est intentée pour obtenir réparation d'un dommage causé par dol ou faute, a le même fondement, au point de vue de l'imputabilité, que les actions de *dolo*¹, *furti* ou *legis Aquiliæ*.

La poursuite du dol et de la faute par l'action du con-

1. — « ... *in ex empto quidem actione cessat de dolo actio, quoniam est ex empto...* ». — (L. 7, p. 3, de *dolo malo*, — déjà citée). — Que telle fut bien l'idée des jurisconsultes romains, c'est ce qui ressort avec la dernière évidence du caractère infamant qu'on trouve attaché à certaines actions contractuelles, lorsqu'elles sont intentées pour la réparation d'un dol commis à l'occasion d'un contrat (action *pro socio*, actions directes de fiducie, de tutelle, de mandat et de dépôt; — Gaius, IV, 182; *Instit.*, livre VI, t. 16, p. 2). Gaius et Justinien semblent dire, il est vrai, que ces actions entraînent toujours infamie, ce qui laisserait supposer que leur caractère infamant ne découle pas de l'idée de dol. Mais non, c'est bien seulement lorsque la condamnation est fondée sur un dol que ces actions emportent infamie (argt. L. 6, p. 7, de *his qui not. inf.*, D., 3, 2). Aussi les actions contraires elle-mêmes seraient-elles infamantes, si la condamnation avait sa cause dans un dol (L. 6, p. 5, *eod. tit.*). C'est donc que le dol, même poursuivi par une action contractuelle, ne perd rien de son caractère. Que si les actions contractuelles que nous venons d'indiquer sont seules infamantes lorsqu'elles pour-

trat ne tendait nullement à protéger moins sûrement la victime. Bien au contraire, l'action contractuelle lui procurera une réparation plus certaine ; car elle passera contre les héritiers¹ et sera perpétuelle. L'infamie, à la vérité,

suivent un dol, c'est qu'on a jugé bon de conserver cette conséquence du dol dans des rapports juridiques qui supposent avant tous autres une loyauté parfaite ; on a communiqué aux actions qui en naissent le caractère infamant de l'*actio de dolo* ; on n'a pas voulu, en un mot, que la fusion de l'action délictuelle dans l'action du contrat dispensât de l'infamie l'associé ou le dépositaire indignes. — Dans les autres actions contractuelles, le caractère infamant ne se retrouve pas, même lorsqu'elles sont intentées pour la réparation d'un dol. Ce n'est point à dire que le dol ait ici changé de nature ; c'est simplement que, le dol commis dans ces rapports juridiques n'ayant pas un caractère aussi odieux que dans les contrats de fiducie, de société ou de dépôt, on a jugé bon de ne point frapper d'infamie le dol commis dans ces contrats. La création de nouvelles actions permettait d'atteindre ce résultat ; on ne manqua point d'en profiter. Mais cela ne modifie en rien cet effet du dol qui entraîne obligation de réparer.

1. — Ce fait que l'action contractuelle passait contre les héritiers, même lorsqu'elle était intentée à raison d'un dol ou d'une faute, est souvent invoqué comme preuve que le dol et la faute contractuels n'étaient pas et ne doivent pas être traités comme le dol et la faute délictuels. — La différence signalée est certes indéniable ; mais il ne nous paraît pas moins hors de doute qu'on ne saurait absolument rien en conclure contre nous au point de vue de l'existence de la responsabilité. Cette différence constituerait même à notre profit un fort appoint, puisque c'était lorsque le dol ou la faute faisaient l'objet d'une action contractuelle qu'ils étaient le plus sûrement réparés. D'ailleurs, comme l'observe M. de Ihering, cette différence « peut s'expliquer par des raisons historiques ou de forme, mais aucun motif « de politique législative ou de morale ne la justifie. Bien plus, ce « n'est que fort lentement que les Romains ont consenti à admettre, « même dans maints rapports contractuels, le principe de l'hérédité ». — (Ihering, *De la faute en dr. pr.*, p. 74, *in fine*).

ne sera plus attachée, en règle générale, au dol poursuivi par l'action du contrat. Mais est-ce bien là un adoucissement? En fait et comme résultat, dans tel cas déterminé, oui. Mais tel n'était pas le but. Le caractère infamant de l'action de dol était de nature à arrêter, soit la victime dans sa demande, soit le magistrat dans la délivrance de la formule, lorsque cette peine paraissait en disproportion avec le peu de gravité du fait dolosif ou le peu d'importance du dommage causé ¹. Aucune considération de ce genre ne viendra entraver la poursuite du dol par l'action du contrat, et le dommage n'en sera ainsi que plus généralement et plus sûrement réparé ².

L'apparition des contrats de bonne foi et la possibilité de la poursuite de la faute et du dol par l'action contractuelle ne purent donc avoir pour but de transformer la nature de cette faute et de ce dol au point de vue de l'imputabilité. Et si tel n'était pas le but, tel ne fut pas non plus l'effet. Il suffit, pour s'en convaincre, de remarquer que l'innovation ne fit point disparaître l'ancien état de choses. L'action contractuelle n'est pas venue supprimer l'application des actions délictuelles aux cas de dol et de faute commis à l'occasion des contrats; l'ancienne législation subsiste à côté de la nouvelle. Pourvu que ce dol et cette faute présentent les caractères du dol et de la faute prévus par les actions délictuelles (*furti*, *rapinæ*, *damni injuriæ*), la victime a le choix entre l'action du contrat et l'action de délit. Les textes abondent, qui font

1. — Car l'*actio de dolo* n'était donnée que *cognita causa* (L. 1, p. 1, *de dolo malo*, D., 4. 3. — V. n° 17).

2. — V. L. 152, p. 3, *De regul. jur.*, D., 50, 17.

foi de cette vérité¹. Nous nous bornerons à en citer un, qui, à l'occasion d'un contrat spécial, pose le principe pour tous les contrats de bonne foi : « *Rei communis non mine cum socio furti agi potest, si per fallaciam dolove malo amovit rem vel rem communem celandi animo contractet : sed et pro socio actione obstrictus est. Idemque in omnibus bonæ fidei judiciis dicendum est* »². Après cela, il serait difficile de prétendre que le dol et la faute changent de nature lorsqu'ils ont eu lieu à l'occasion de contrats de bonne foi ; ou bien il faudrait dire plutôt qu'il dépend de la victime d'attribuer au dol et à la faute tel ou tel caractère, suivant qu'il lui plaît d'intenter l'action de délit ou l'action du contrat.

Ce que nous venons de dire est de tous points exact en ce qui concerne les actions *furti*, *rapinæ*, *injuriæ*, *legis Aquiliæ*. Pour ce qui est de l'action *de dolo*, son caractère subsidiaire paraît empêcher qu'on en tire la même conclusion. Cette action, en effet, ne peut être intentée qu'à défaut de tout autre moyen : il suit de là que le dol commis à l'occasion d'un contrat de bonne foi, si ce dol ne constitue ni un *furtum*, ni un *damnum injuriæ*, ne pourra être poursuivi que par l'action du contrat. — Cela est certain ; mais cette particularité de l'*actio de dolo* s'explique par l'infamie qu'elle entraîne et que le prêteur ne tient pas à prodiguer inutilement. L'essentiel, au point de vue de l'intérêt privé, est d'obtenir réparation du dom-

1. — V. L. 29, pr. *Depos.*, D., 16, 3 ; — L. 5, p. 8, *Commod.*, D., 13, 6 ; — L. 47, p. 1 et L. 48, *pro socio*, D., 17, 2 ; — L. 7, p. 8, *ad leg. Aquil.*, D. 9, 2 ; — L. 18, *eod. tit.*

2. — L. 45, *pro socio*, D., 17, 2.

mage causé ; or, l'action du contrat et l'action de dol assurent exactement la même réparation : dans l'une et l'autre, la condamnation est mesurée au dommage souffert. Et ceci nous explique pourquoi l'*actio furti*, bien qu'infamante comme l'*actio de dolo*, n'est cependant point subsidiaire : c'est que la condamnation obtenue par l'action du contrat est bien inférieure à la condamnation qu'entraîne l'*actio furti*, qui est du double ou du quadruple ¹. Ajoutons à cela qu'entre l'*actio de dolo* et l'*actio furti* il existe une grande différence quant à la gravité des faits qui leur servent de base : l'*actio furti* suppose les faits de dol les plus graves, de sorte que la pitié ne saurait intervenir et qu'il n'est pas trop dur d'abandonner le coupable aux conséquences pénales de sa mauvaise action, tandis que l'*actio de dolo* peut être intentée pour un dol moins grave, que l'infamie punirait trop sévèrement. Du caractère subsidiaire de l'action de dol on ne saurait donc conclure à un changement dans la nature du dol commis dans les contrats de bonne foi. Que si néanmoins cette action ne peut pas être intentée, en règle générale, en matière de contrats de bonne foi, cela tient, on vient de le voir, à des raisons tout à fait extrinsèques à la nature même du dol. Cela est si vrai, qu'en réalité le contrat de bonne foi n'empêche aucunement la naissance de l'*actio de dolo* ; elle est subsidiaire, à la vérité, mais cela même prouve son existence, et la victime pourra l'intenter si elle

1. — Le simple, c'est-à-dire la somme qu'on double ou qu'on quadruple, est celle qui représente l'intérêt de la victime, et cette somme peut dépasser la valeur de la chose au jour du délit, mais elle ne reste jamais au-dessous (L. L. 27, pr. et p. 1 ; 50, pr. ; 80, p. 1, *De furtis*, D., 47, 2).

a exécuté le contrat avant qu'elle n'ait eu connaissance du dol ¹.

55. — Il nous est maintenant facile de répondre à l'argument tiré contre nous du texte précité d'Ulpien (L. 1, p. 2, *Commod.*). L'impubère qui a reçu, sans l'*auctoritas* de son tuteur, une chose en commodat n'est point tenu de l'*actio commodati*, même pour le dommage causé par son dol. Ulpien ajoute même qu'il en est ainsi, même si ce dol n'a été commis qu'une fois la puberté atteinte. — Nous ne saurions être, en cela, que de l'avis d'Ulpien : c'est la logique juridique la plus rigoureuse qui dicte sa solution. En effet, le contrat n'a pu se former, faute de l'*auctoritas tutoris* ; il est donc impossible de trouver une *actio commodati* ². Ce n'est point, à coup sûr, le dol ni

1. — En supposant alors qu'il s'agit d'un dol dans la formation du contrat. — (V. toutefois : Accarias, *Précis de Dr. rom.*, II, n° 839, 2°, et n° 502).

2. — Que si néanmoins la loi 3, pr., *Commod.*, dispose que, dans notre hypothèse, en cas d'enrichissement de l'impubère une *actio commodati utilis* sera donnée contre lui, cela ne dérange en rien ce que nous venons de dire ; car ce n'est qu'une *actio utilis*. Or, nous savons ce qu'est l'action utile ; c'est une action introduite uniquement dans un but d'utilité pratique, et qui suppose précisément que les conditions ou l'une des conditions exigées pour la naissance de l'*actio directa* fait défaut. Et bien, dans notre hypothèse, l'*actio commodati directa* n'a pu naître, faute de contrat. Pourtant, l'impubère s'est enrichi par le fait du commodat tenté : il est juste qu'il restitue ce dont il s'est enrichi (L. 5, pr., *de auct. et cons.*, D., 26, 8). La *condictio sine causa* permet d'atteindre ce résultat. Au lieu, ou mieux à côté de cette *condictio*, le jurisconsulte donne au commodant une *actio commodati utilis*, parce qu'en fait il y a eu comme un commodat. C'est un procédé qu'on voit assez souvent indiqué dans les textes ; le résultat est le même que si l'on se servait de la *condictio sine causa*.

la faute qui, par eux-mêmes, peuvent donner naissance à cette action. Ce n'est pas davantage parce que le dol ne serait commis qu'après l'âge de puberté, que l'*actio commodati* deviendra possible : elle ne peut naître que du contrat, et l'arrivée de la puberté ne rend pas par elle-même valables les contrats tentés par l'impubère.

La décision d'Ulpien est donc irréprochable. Mais revient-elle à dire que l'impubère ne répond pas de son dol ? En aucune façon, et Ulpien se garde bien de dire cela. Il est vrai qu'il ne dit pas non plus qu'il en répond ; mais, rigoureusement, ce n'était point là le lieu de le dire : il traite de l'*actio commodati*, et se borne à déterminer dans quels cas elle compète, dans quels cas elle ne compète pas. Au jurisconsulte, maintenant, de rechercher par quel autre moyen réparation pourra être obtenue, à lui de rechercher et d'appliquer les principes généraux en matière de dol et de faute. Et justement voici le résultat de cette recherche. Le dol et la faute donnent lieu aux actions *furti*, *legis Aquiliæ*, *de dolo* ; la victime, le commodant, dans l'espèce, aura donc ces actions, qui ne supposent point l'existence d'un contrat, puisqu'elles n'en dérivent pas. L'action de dol n'est point ici paralysée par son caractère subsidiaire, puisque précisément il n'y a pas d'autre action.

Toutefois, en ce qui concerne cette action de dol, il conviendra de l'atténuer en action *in factum*, pour que l'inexistence de l'action contractuelle ne vienne pas aggraver la situation de l'impubère et la rendre pire que celle d'un capable. De cette façon, l'impubère n'encourra pas plus l'infamie que s'il était poursuivi par l'action du con-

trat. Nous avons déjà vu les jurisconsultes romains conseiller cette atténuation de l'*actio de dolo* en *actio in factum*, lorsqu'elle est demandée contre un impubère pour son dol en dehors des contrats (n° 17) ¹.

56. — Le texte d'Ulpien va maintenant nous rendre un service important, en nous montrant l'application de ce second trait de notre théorie générale, à savoir qu'il n'y a de faute et de dol vraiment contractuels que la faute et le dol négatifs, consistant dans l'inexécution d'obligations purement contractuelles, dans l'omission ou l'absten-

1. — Que si, d'un autre côté, l'on tentait néanmoins de soutenir que notre texte entend bien dénier à la victime tout moyen de réparation pour le dommage causé par l'impubère dans le contrat de commodat, deux réponses sont encore possibles. — La première consiste à dire que le texte prévoit aussi, comme conséquence de la règle qu'il pose d'abord, le dol commis par le pubère qui a contracté impubère et déclare ce pubère non tenu de l'*actio commodati*. Or, qui soutiendra que le pubère ne répond point de son dol dans les contrats ? (V. L. 9, 2, p. 2, *de minor*). Ce n'est donc pas la question de l'existence même de la responsabilité, qui est agitée dans ce fragment, mais uniquement la question de la forme de l'action en réparation.

La seconde réponse peut se formuler ainsi : Fût-il certain que c'est bien de l'existence de la responsabilité qu'il est question, cette interprétation n'atteindrait en rien notre théorie ; car on voit, par le fragment qui suit (L. 2), combien il serait aisé de soutenir alors qu'Ulpien suppose un impubère *non doli capax*. La L. 2, en effet, en rapproche le *furiosus* et réunit ces deux incapables dans une même proposition : « *Nec in furiosum commodati actio danda est, sed ad exhibendum adversus eos dabitur* ».... Mais ce nouveau texte, qui ne fait suite à la L. 1 qu'en ce sens qu'il vient après, est de Paul. Les commissaires de Justinien, ici encore, ont omis de réfléchir ; sans quoi ils auraient vu combien il est inexact de mettre sur la même ligne l'impubère et le *furiosus*, car l'impubère peut être *pubertati proximus*, c'est-à-dire *doli capax*. L'interprétation exacte de la L. 1, p. 2, est donc bien celle que nous avons présentée au texte.

tion volontaire d'une certaine activité à laquelle on ne peut se trouver obligé que par l'effet d'un contrat. De ce que le pupille, qui a reçu une chose en commodat sans l'*auctoritas* de son tuteur, n'est point tenu de l'*actio commodati*, il résulte directement qu'il ne répond pas de sa faute ni de son dol négatifs, que l'*actio commodati* pourrait seule poursuivre, puisqu'il s'agit d'un manquement à des obligations que seul le contrat aurait pu créer, et que ce contrat n'existe pas : *nec consistit commodatum in pupilli persona sine tutoris auctoritate*.

57.—L'analyse du texte d'Ulpien (L. 1, p. 2, *Commod.*) nous a conduit notamment à cette constatation : le dol et la faute commis par un impubère commodataire *sine tutore auctore* ne peuvent pas être poursuivis par l'action du contrat (*actio commodati*), parce que, le contrat ne s'étant point valablement formé, une action ne saurait en naître. Un autre texte du même Ulpien semble maintenant décider absolument le contraire : « *An in pupillum, apud quem sine tutoris auctoritate depositum est, depositi actio detur, quaeritur? Sed probari oportet, si apud doli mali jam capacem deposueris, agi posse, si dolum commisit...* » (L. 1, p. 15, *Depos.*, D., 16, 3).

Un pupille a reçu un dépôt sans l'*auctoritas* de son tuteur. Le jurisconsulte se demande si l'*actio depositi* doit être donnée contre lui. Oui, répond-il, si ce pupille est *capax doli* et s'il a commis un dol. — Comment donc une action peut-elle naître d'un contrat qui ne s'est pas valablement formé? On peut, dans l'espèce, en fournir plusieurs explications. Tout d'abord, c'est peut-être d'une *actio depositi utilis* qu'il s'agit, comme le laisserait suppo-

ser la fin du texte, aux termes duquel « l'action » serait donnée contre le pupille même non coupable de dol, dans la mesure de son enrichissement. Notre texte ne dit point que c'est par l'*actio depositi* véritable que le déposant agira contre le dépositaire coupable de dol : il dit seulement qu'il pourra agir. Puis il établit une sorte de relation entre ce moyen et celui qu'aurait le déposant contre le pupille dans la mesure de son enrichissement, et il s'exprime encore en termes vagues : *datur actio in eum*. Or, sous le texte précédent, nous avons vu en termes formels qu'en pareille hypothèse, en cas de commodat, l'*actio commodati utilis* était possible (v. n° 55, première note).

Une autre explication pourrait se tirer de la nature essentiellement délictuelle de cette *actio depositi*, qui porte pourtant le nom d'une action de contrat. Elle n'est en réalité rien autre chose qu'une action spéciale de dol, entraînant l'infamie comme l'*actio de dolo*. « Juridiquement, observe M. de Ihering, ce rapport doit s'exprimer dans les termes suivants : Le dépôt, comme tel, « n'engendre point d'obligation ; il rend seulement possible la naissance d'une obligation comme suite d'un « délit¹ ». Le pupille, qui détériore par son dol la chose qu'il a reçue en dépôt sans l'*auctoritas tutoris*, est sujet à l'action générale de dol. Ulpien n'attache point d'importance à ce que la victime exerce aussi bien l'action spéciale de dol qui est l'*actio depositi* ².

1. — Ihering, *De la Faute en dr. pr.*, p. 35 ; — v. aussi, p. 31, *in fine*.

2. — L'*actio depositi*, comme l'*actio de dolo*, entraîne l'infamie.

Mais, dira-t-on, par l'*actio depositi* on peut poursuivre même le dol négatif. Si donc cette action est donnée contre le pupille, il sera tenu de son dol même négatif, bien que cependant il n'ait pu, faute d'*auctoritas*, assumer les obligations contractuelles du dépositaire. Cette conclusion, à notre sens, ne doit point être admise : l'incapable qui n'a pas valablement contracté ne répond point de sa faute ni de son dol négatifs (n° 45). Ulpien doit donc supposer qu'il s'agit d'un dol actif, pour lequel l'*actio de dolo* serait possible même en l'absence de contrat. Et c'est bien, en effet, ce qu'il paraît supposer ; car il ne se contente pas de dire qu'il suffit que le pupille soit *doli capax* pour que l'*actio depositi* soit donnée contre lui ; il ajoute : *et si dolum commisit*. A moins de voir là une redondance, il faut considérer que le jurisconsulte veut marquer qu'il suppose un dol de commission.

58. — Nous croyons suffisamment établi que l'impubère, en droit romain, répondait de la faute et du dol actifs qu'il commettait à l'occasion des contrats. — On ne peut, dès lors, considérer comme téméraire la généralisation de cette responsabilité en ce qui concerne tous les autres incapables ; l'argument *à fortiori* s'impose et nous dispenserait de toute autre preuve. Mais nous ne pouvons résister au désir de présenter un texte d'Ulpien, relatif au mineur de vingt-cinq ans, et qui, en même temps qu'il nous donnera l'occasion de signaler une particularité touchant cet incapable, est l'expression directe et le résumé succinct de toute notre théorie :

« *Nunc videndum minoribus utrùm in contractibus*

« *captis dumtaxat subveniatur, an etiam delinquentibus: ut puta dolo aliquid minor fecit in re deposita vel com-
modata vel alias in contractu, an ei subveniatur, si nihil ad eum pervenit? Et placet in delictis minoribus non subveniri. Nec hic itaque subvenietur. Nam et si furtum fecit vel damnum injuria dedit, non ei subvenietur*¹ ». Il est impossible d'exprimer plus nettement la persistance de la nature délictuelle de la faute et du dol actifs, même commis à l'occasion des contrats. *Delinquere in contractu* ne laisse place à aucun doute, surtout lorsque la suite du texte, comme exemple, nous parle de dol et de faute (*damnum injuriæ*) dans le dépôt, le commodat « ou dans tout autre contrat ». Le mineur de vingt-cinq ans, engagé dans des liens contractuels et coupable de dol ou de faute, mérite-t-il la protection du prêteur²? Telle est la question que se pose Ulpien, et sa réponse est formellement négative. Mais ce qu'il importe de bien remarquer, c'est le motif sur lequel il appuie sa décision. « Les mineurs, dit-il, ne sont point restituables contre leurs

1. — L. 9, p. 2, *de minor. vig. quinq. an. D.*, 4, 4. — Autres textes, dans lesquels se manifeste la même idée: « *Ex contractibus venientes actiones in heredes dantur, licet delictum quoque veretur: veluti cum tutor in tutela gerenda dolo fecerit, aut is apud quem depositum est* ». — (L. 49, *de oblig. et act.*, D., 44, 7).

« *Nec enim corrumpi, aut mutari, quod recte transactum est, superveniente delicto potest* ». — (L. 2, *de itin. actuque priv.*, D., 43, 19).

2. — « ... *si nihil ad eum pervenit* ». Car, dans la mesure de son enrichissement, ce n'est plus une question de responsabilité (L. 5, *pr., de auct. et cons.*, D., 26, 8).

délits : et c'est pourquoi, dans notre hypothèse, ils ne seront point restitués ».

Voici maintenant ce qu'il y a de particulier à cet incapable qui est le mineur de vingt-cinq ans. Il n'est pas proprement un incapable, même lorsqu'il est pourvu d'un curateur ¹; les contrats auxquels il prend part, même sans le *consensus*, sont valablement formés ; il n'est point admis à se prévaloir d'une nullité pour incapacité. Le préteur lui accorde seulement le bénéfice de l'*in integrum restitutio* pour le cas où il serait lésé. Il suit de là que, si la restitution ; comme le déclare Ulpien, lui est refusée, le contrat, valablement formé et subsistant intact, a donné naissance à une action contractuelle, de sorte que le dol et la faute du mineur pourront être poursuivis par l'action du contrat, à la différence de ce qui se passe pour les autres incapables (n° 55) ².

Une seconde conséquence de cette même idée serait que le mineur devrait alors être tenu même de sa faute

1. — V. n° 71, 2° note.

2. — Mais la victime est libre de choisir plutôt l'*actio furti* ou l'*actio legis Aquiliæ*, s'il s'agit d'un dol ou d'une faute présentant les caractères prévus par ces actions (nos 53-55). Ulpien prévoit implicitement cette hypothèse dans la suite du texte, et alors il conseille d'atténuer certaines conséquences pénales de ces deux actions, en laissant, bien entendu, subsister intacte l'obligation civile de réparer. C'est un point de vue que nous avons été amené à développer déjà dans notre *Première Partie* (n° 16). Il convient toutefois d'observer ici que si les incapables étaient tenus de ces actions délictuelles, ce n'était pas à raison de ce qu'elles pouvaient présenter de pénal, puisque c'est précisément ce côté de l'action, et uniquement ce côté, que les jurisconsultes engagent à supprimer en faveur des incapables.

et de son dol négatifs, puisqu'il a valablement assumé les obligations contractuelles. Le texte semble cependant ne songer qu'à la faute et au dol actifs, comme on peut le voir par le rapprochement qu'il établit entre le dol et la faute qu'il suppose, d'une part, et, d'autre part, le *furtum* et le *damnum injuria datum*. C'est bien, en effet, seulement à la faute et au dol actifs qu'on peut appliquer l'expression « délit », la faute et le dol négatifs n'étant rien autre chose que l'inexécution volontaire ou involontaire d'une obligation contractuelle ¹. Cependant, comme le mineur a valablement assumé cette obligation, il semble, nous le répétons, qu'il devrait, par l'action du contrat, être tenu de ce chef, conformément aux règles que nous avons posées dans notre *Théorie générale* (n° 47). Aussi bien croyons-nous qu'il en était ainsi pour le dol ², ou du moins n'y voyons-nous aucun obstacle. Quant à la faute vraiment contractuelle, le mineur, qui, d'après les principes, devrait en être également tenu, en est cependant le plus souvent exonéré, grâce à cette autre idée que nous avons mise en relief dans notre *Théorie générale* (n° 48), à savoir que la théorie de la faute contractuelle n'est pas applicable aux incapables, même lorsqu'ils ont valablement contracté. Une faute de ce genre, toujours moins grave que la faute active, ne sera pas ordinairement un obstacle à la restitution. Par suite, le contrat étant anéanti, l'obligation contractuelle disparaîtra elle-même rétroactivement, de sorte qu'il ne pourra plus être

1. — V. pourtant n° 102, *in fine*.

2. — Arg.: L. 9, p. 5, *de minor.*; — L. 2, *si adv. delict.*, C., 2, 35.

question de manquement à cette obligation. C'est ce que nous paraît vouloir exprimer ce texte du Code : « *Minoribus in his, quæ vel prætermiserunt, vel ignoraverunt, in numeris auctoritatibus constat esse consultum* ¹ ».

59. — Le dol, qui donne, au profit de la victime, ouverture aux actions délictuelles (*furti, Aquiliæ, de dolo*), ou aux actions contractuelles (contrats de bonne foi), peut être aussi invoqué sous la forme d'une exception, *exceptio doli mali*. Les incapables se verront-ils opposer leur dol sous forme d'exception ?

Il ne saurait y avoir doute à cet égard. Tenus de l'*actio de dolo*, dont les conséquences sont très rigoureuses, comment les incapables seraient-ils soustraits à l'*exceptio*

1. — L. 8, de *in int. rest. minor.*, C., 2, 22.

— Il existe, au Code, une constitution des empereurs Sévère et Antonin, qui est fort obscure : « *In criminibus quidem ætatis suffragio minores non juvantur;... sed quum delictum non ex animo, sed ex contractu venit, noxia non committitur...* ». (L. 1, si *adv. delict.*, C., 2, 35). Qu'est-ce que cette opposition entre le *delictum veniens ex animo* et le *delictum veniens ex contractu* ? N'est-on pas autorisé à y voir notre distinction entre le dol et la faute actifs, et le dol et la faute purement contractuels ou négatifs ? — Mais l'embarras augmente encore si l'on regarde les différentes lectures du Code. Tandis que les unes disent, comme nous venons de le reproduire... *ex contractu venit*, les autres proposent... *extra venit*. Quoiqu'on lise, dans les Basiliques, ... ἀπὸ συναλλαγματος ἐρκεται, il y a autant de lectures dans un sens que dans l'autre. Que peut bien signifier l'opposition entre *delictum ex animo veniens* et *delictum extra veniens* ? Faut-il voir là une distinction entre le dol et la faute ? Cela paraît difficile, quand nous voyons la suite du texte disposer que, en cas de *delictum extra veniens*, *noxia non committitur*. Au moins ne peut-il être question là de la faute active, dont nous avons vu des textes si formels déclarer le mineur responsable et tenu par l'*actio legis Aquiliæ*.

doli mali, dont le seul but et l'unique conséquence sont d'empêcher l'auteur du dol de faire exécuter le contrat qu'il a provoqué par ses manœuvres dolosives et, d'une manière plus générale, de l'empêcher de tirer profit de son dol ? L'*actio de dolo* peut appauvrir celui contre qui elle est intentée ; car elle tend à réparer le dommage causé par le dol, sans se soucier du gain que le coupable en a tiré. N'en eût-il en rien profité, il n'en doit pas moins réparation intégrale. L'*exceptio doli mali*, par sa nature même d'exception, n'appauvrira jamais celui à qui on l'oppose, puisqu'il n'y a point encore eu de dommage causé et que l'utilité de cette exception est précisément d'éviter ce dommage. En un mot, l'*actio de dolo* tend à réparer le dommage causé par le dol, et, par là même, peut appauvrir le défendeur, puisque la condamnation se mesure à l'étendue du dommage ; — l'*exceptio doli*, au contraire, tend à éviter ce dommage et par là même, ne saurait appauvrir le demandeur. Si l'on ajoute à cette considération le caractère infamant de l'action, caractère qui n'appartient point à l'exception, on ne doutera point un instant que l'*exceptio doli mali* compète à *fortiori* contre les incapables.

Aussi bien, un texte d'Ulpien nous en donne-t-il à la fois et la certitude positive et une application :

« *De dolo autem ipsius minoris viginti quinque annis*
 « *exceptio utique locum habebit. Nam et de pupilli dolo in-*
 « *terdum esse excipiendum, nequaquam ambigendum est,*
 « *ex ea ætate quæ dolo non careat. Denique Julianus sæpis-*
 « *sime scripsit, doli pupillos, qui prope pubertatem sunt,*
 « *capaces esse. Quid enim si debitor, ex delegato pupilli pe-*

« *cuniam creditori ejus solvit ? Fingendus est (inquit) putesse, ne propter malitiæ ignorantiam bis eandem pecuniam consequatur* ». (L. 4, p. 26, de doli mali et met. except. D., 44, 4).

Après avoir posé cette règle que l'*exceptio doli mali* est opposable au mineur de vingt-cinq ans et à l'impubère, Ulpien construit l'espèce suivante, pour en montrer l'application. Un pupille, créancier de Primus et débiteur de Secundus, a délégué Primus à Secundus, et le délégué a payé le délégataire. Le jurisconsulte sous-entend évidemment que le pupille a fait cette délégation sans l'*auctoritas* de son tuteur, sans quoi elle serait valable et notre question ne pourrait se poser. Puis, le pupille réclame de Primus son paiement. Primus le repoussera par l'exception de dol.

Pourquoi cette exception ? La délégation n'ayant point été valablement faite, le droit civil ne permet-il donc pas au pupille de n'en point tenir compte ? En quoi, alors, commet-il un dol ? — Paul, en deux mots, va nous donner la réponse : « *Dolo facit, qui petit quod redditurus est* ». Et Ulpien lui-même nous développe et nous analyse cette idée : « *Generaliter sciendum est ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit, quicumque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit ; nam et si inter initia nihil dolo malo fecit, attamen nunc petendo facit dolose,...*² ». Ainsi, le seul fait de demander ce qu'on serait tenu de rendre dès qu'on l'aurait reçu constitue un dol au point de vue de l'*exceptio doli mali*.

1. — L. 8, pr., de doli mali et met. except., D., 44, 4.

2. — L. 2, p. 5, eod. tit.

La question se ramène donc à savoir si le pupille, dans notre espèce, devrait la restitution de la somme dont il demande le paiement au délégué. Or, cette obligation de restitution n'est pas douteuse. On se rappelle la règle très équitable établie par Antonin le Pieux : quand le pupille se prévaut de la nullité du contrat, il doit restituer à son co-contractant ce que celui-ci a payé et qui lui a profité, à lui pupille¹. Or, ce paiement lui a évidemment profité, en le libérant de sa dette vis-à-vis le délégataire ; il n'a pas pu dissiper la somme. S'il obtenait un second paiement, il s'enrichirait, au détriment du délégué, dans la mesure de l'extinction de sa dette envers le délégataire et devrait, en conséquence, restituer au délégué le montant de cet enrichissement indû, qui serait exactement égal à la somme dont il réclame aujourd'hui le paiement. Aussi, s'appuyant sur le rescrit d'Antonin, le délégué repousserait-il la demande du pupille par une *exceptio in factum*. Mais il pourra aussi, s'il le préfère, se servir de l'*exceptio doli*, puisque *ex omnibus in factum exceptionibus doli oritur exceptio*, l'existence de l'*exceptio in factum* imprimant à la demande un caractère dolosif.

Tel est le simple raisonnement qu'il convient de faire pour trouver la solution de l'espèce présentée par Ulpien. Le jurisconsulte, lui aussi, aboutit à ce résultat, mais il faut reconnaître que la façon dont il l'explique ne brille ni par la clarté, ni par l'exactitude. Au lieu de dire que le pupille sera repoussé dans sa demande par l'*exceptio doli*, il dit : *figendus est pubes esse*. Pourquoi cette fiction,

1. — L. 5, pr., de auct. et consensu, D., 26, 8. — L. 206, de reg. jur., D., 50, 17.

et sur quoi l'appuyer ? Ulpien la justifie par cette considération : *ne propter malitiæ ignorantiam bis eandem pecuniam consequatur*. Sans cette fiction de puberté, il pourrait arriver qu'on se trouve en présence d'un impubère *ignorans malitiæ*, c'est-à-dire *non doli capax*, de telle sorte qu'il ne serait pas permis de voir un dol dans le fait d'intenter la demande et que l'*exceptio doli* n'aurait pas de fondement sérieux. — Mais pourquoi cette crainte ? La règle que le pupille doit restituer ce dont il s'est enrichi n'existe-t-elle pas indépendamment du dol ? Ne se justifie-t-elle pas suffisamment par elle-même ? Sans doute, s'il arrive que l'impubère soit tellement innocent qu'il ne puisse songer que sa demande est contraire à l'équité, l'*exceptio doli* manquerait de sa base même ¹. Mais rien n'empêche de s'en tenir à l'*exceptio in factum*. Cela ne saurait être contesté. — Comment donc Ulpien recourt-il à de tels détours ? En voici sans doute l'explication.

Si ce jurisconsulte avait voulu fournir un raisonnement à lui personnel, il aurait, à n'en pas douter, présenté celui que nous proposons nous-même. Mais il se contente de reproduire les raisons données par un jurisconsulte antérieur, Julien, qui, vivant avant Antonin le Pieux, n'avait pu connaître le rescrit de ce prince, source de l'*exceptio in factum* donnée dans notre hypothèse, et autres semblables, contre le pupille. De son temps déjà l'on sentait pourtant l'injustice des conséquences de la règle du droit

1. — «... nunc petendo facit dolose, nisi talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat ». — (L. 2, p. 5 *in fine*, de *doli mali et met. except.*, D., 44, 4).

civil et l'on s'efforçait de les atténuer. De là la fiction de puberté que Julien nous présente comme moyen de repousser la demande du pupille.

60. — Le peu de gravité du dol suffisant à l'application de l'*exceptio doli*, la facilité avec laquelle le magistrat en admettait l'insertion dans la formule, et principalement cette idée que, au point de vue de l'exception, *dolo facit, qui petit quod redditurus est*, firent que l'*exceptio doli mali* jouait un grand rôle à l'encontre des incapables. Nous prendrons comme exemple le pupille.

Les règles sur la capacité des impubères *sui juris* se ramènent, on le sait, aux deux propositions suivantes : 1° le pupille peut faire seul sa condition meilleure ; 2° il ne peut la rendre pire qu'avec l'*auctoritas* de son tuteur ¹. On sait aussi ce qu'il faut entendre par ces expressions « faire sa condition meilleure » et « la rendre pire ». Or, s'il n'y avait nulle difficulté sur l'application de cette double règle, quand il s'agissait d'actes simples qui produisent exclusivement l'un des résultats indiqués, elle entraînait, au contraire, de graves inconvénients, lorsqu'il s'agissait d'actes complexes, rendant tout à la fois meilleure et pire la condition du pupille. Ces actes, complexes à ce point de vue, étaient surtout les contrats synallagmatiques. Mais ce pouvaient être aussi certains actes unilatéraux (*mutuum*, paiement). Et bien, c'est par l'*exceptio doli* qu'on arrivait le plus souvent à éviter les conséquences injustes de la règle du droit civil.

Dans le cas d'actes unilatéraux, il faut distinguer sui-

1. — Inst., pr. de auct. tut., livre I, t. 21.

vant le rôle qu'y joue le pupille. Il reçoit un paiement sans l'*auctoritas* de son tuteur. De deux choses l'une : ou il a dissipé la somme reçue, ou cette somme lui a profité. Dans le premier cas, il pourra demander un nouveau paiement, sans craindre de se voir opposer l'*exceptio doli*, car *non petit quod redditurus est* ; il ne doit rendre que ce dont il s'est enrichi : or, il ne s'est nullement enrichi. Dans le second cas, l'*exceptio doli* servira à repousser sa demande dans la mesure de son enrichissement ; car, dans cette mesure, il réclame ce que, d'après le rescrit d'Antonin, il serait tenu de restituer. Si, dans le paiement, c'est lui, pupille, qui a joué le rôle de *solvens*, la nullité du paiement lui permettrait sans doute de réclamer ce qu'il a payé ; mais alors *petit quod redditurus est*, et cela sans le secours du rescrit d'Antonin ; l'*exceptio doli* lui sera donc opposable (nous supposons, bien entendu, que la dette est échue). Dans le *mutuum*, autre acte unilatéral complexe à notre point de vue, l'*exceptio doli* ne nous paraît pas devoir trouver son application. Si, en effet, c'est le pupille qui est prêteur, il peut répéter la somme par la *condictio sine causa*¹ ; et, s'il est emprun-

1. — Nous ne disons pas *condictio ex mutuo*, parce qu'il n'y a pas *mutuum* : «... *Quod mutua pecunia non fit, quam sine tutoris auctoritate pupillus dat* »... (L. 3, p. 2, de *S. C. Maced.*, D., 14, 6). Est-ce à dire que la nullité résultant de l'incapacité était à Rome une nullité absolue au sens où l'on emploie ce mot aujourd'hui, par opposition à nullité relative ? L'affirmative semble résulter du texte précité, d'où l'on a conclu fréquemment que les Romains n'avaient pas connu la distinction des nullités absolues et des nullités relatives. — Mais, à côté de ce texte, nous en trouvons un autre (L. 7, p. 1, de *rescind vend.*, D., 18, 5), qui, dans l'hypothèse d'une vente

teur, le prêteur a contre lui l'*actio in factum* dans la mesure de son enrichissement.

C'est dans les contrats synallagmatiques que l'*exceptio doli* jouait surtout un grand rôle à l'encontre des incapables. Prenons une vente consentie par un pupille, et distinguons les trois hypothèses qui peuvent se présenter. — 1° La vente n'a reçu aucune exécution. Le pupille agit pour obtenir le paiement du prix ; son action est fondée ¹, mais l'acheteur est muni d'une *exceptio doli mali*, dont la portée est facile à déterminer. Il dit au pupille : Si je vous paye, ce paiement va constituer entre vos mains un profit net que j'aurais le droit de vous redemander immédiatement. Donc, ou refaisons la vente avec l'*auctoritas* de votre tuteur, ou je retiens le prix. Si, au contraire, c'est l'acheteur qui demande au pupille la tradition de la chose vendue, celui-ci peut le repousser sans avoir besoin d'exception et en opposant directement la nullité de la vente. Mais, s'avisant ensuite de demander le prix, il succomberait lui-même devant une exception *doli mali*, car il ne peut se faire payer une chose qu'il retient. — 2° La vente a été exécutée d'un côté seulement. Si c'est le pupille qui a déjà livré la chose, et cela sans autorisa-

consentie par un pupille *sine tutoris auctoritate*, laisse clairement entendre que le pupille seul peut se prévaloir de la nullité. — On serait porté à croire, en présence de la diversité de solution de ces textes, que les Romains n'avaient point de règles fixes en cette matière, mais ne donnaient que des solutions d'espèces. On ne peut s'empêcher de remarquer toutefois que, dans un cas, il s'agit d'un contrat unilatéral, et, dans l'autre, d'un contrat synallagmatique.

1. — L. 7, p. 1, de *rescind. vend.*, D., 18, 5. — V. la note ci-dessus.

tion, il la revendique valablement, n'ayant pas cessé d'en être propriétaire. Mais, du même coup, il s'enlève pour l'avenir la faculté d'exiger le prix ; car, à sa demande, l'acheteur répondrait par l'*exceptio doli*. Si c'est l'acheteur qui a fait le paiement, l'*exceptio doli* ne trouve pas lieu d'intervenir. De deux choses l'une, en effet : ou il a payé au tuteur, ou au pupille autorisé ou devenu pubère, et alors la vente a été ratifiée et la chose lui est due ; ou il a payé au pupille encore impubère et non autorisé, et, dans ce cas, une seule ressource lui reste, c'est d'exiger la restitution du prix dans la mesure où le pupille en a profité. — 3° La vente a été exécutée par les deux parties. Ici, en supposant que l'exécution ait précédé la puberté et n'ait pas été plus autorisée que le contrat, le pupille est admis comme précédemment à exercer la revendication de la chose ; mais, s'il ne veut pas se voir opposer l'*exceptio doli*, il doit offrir de rendre la portion du prix dont il a profité. Quant à l'acheteur, il est dépourvu d'action pour exiger cette restitution, tant que le pupille ne revendique pas.

On voit ainsi l'importance de l'exception de dol en matière contractuelle, lorsque l'un des contractants est un incapable. Dans les actes unilatéraux, tels que le paiement, cette exception sert à empêcher l'incapable d'obtenir une nouvelle exécution de l'obligation, si la première lui a profité. Dans les contrats synallagmatiques, elle permet au co-contractant de se refuser à l'exécution du contrat, lorsque l'incapable prétend l'imposer à lui seul, sans s'y soumettre lui-même, comme il y serait autorisé cependant par le droit civil. Et, de tout cela, il ressort que

le dol suffisant à motiver l'*exceptio doli* n'est pas un dol aussi grave que celui qui sert de fondement à l'*actio de dolo*. La seule prétention de se servir des règles de l'ancien droit civil contre l'équité lui est un fondement suffisant.

61. — II. — **Dol spécial aux incapables.** — Nous voulons parler du dol par lequel l'incapable fait croire à sa capacité. Ce dol intervient dans la formation du contrat, et nous avons vu, dans notre *Théorie générale*, (n° 36), que le principe de la responsabilité des incapables à raison de ce dol qui leur est particulier n'a jamais fait doute. Mais nous avons aussi prévenu que ce cas de dol, au moins en ce qui concerne certaines classes d'incapables, avait de tous temps fait l'objet de l'attention du législateur : ce que nous voulons rechercher ici, c'est cette législation spéciale. La responsabilité étant certaine comme principe, où la difficulté commence c'est lorsqu'il s'agit de déterminer en quoi exactement doit consister le dol, quel degré, quels caractères il doit présenter pour engendrer la responsabilité.

Un Titre, au Code, est consacré à cette question, comme l'indique sa rubrique : *Si minor se majorem dixerit vel probatus fuerit* (livre II, t. 43). C'est donc à l'occasion des mineurs de vingt-cinq ans qu'elle est particulièrement étudiée. Nous verrons s'il en existe un motif et si les règles que nous ferons ressortir des textes en ce qui concerne le mineur doivent être généralisées et appliquées aux autres incapables.

62. — Entrons donc dans l'analyse du Titre et voyons,

des solutions qu'il présente, quelles règles il convient de déduire. Deux idées générales en ressortent tout d'abord : 1° Le mineur commet un dol, lorsqu'il se fait passer pour majeur ; et, en conséquence, il n'est pas restituable, le contrat est maintenu comme s'il avait été réellement majeur (L. 2 ; L. 3, pr.). — 2° Si le mineur s'est cru sincèrement majeur, l'*in integrum restitutio* lui sera accordée (L. L. 1 et 4).

Voici maintenant la réglementation de ces principes. A lire la loi 2, on pourrait croire que la seule déclaration de majorité, le seul fait du mensonge, suffit à obliger l'incapable : « *Si is, qui nunc minorem se adseverat, fallaci majoris ætatis mendacio te decepit, in integrum restitui non debet* ».

Mais si l'on passe à la loi 3, on voit les mêmes empereurs qui ont rédigé la Const. précédente, Dioclétien et Maximien, supposer quelque chose de plus qu'une simple déclaration, qu'un simple mensonge : « *Si alterius circum-veniendi causa minor ætate majorem te probare ad spectu laboraveris, cum malitia suppleat ætatem, restitutionis auxilium.... denegari statutum est* ». Cette constitution laisse nettement supposer l'idée de certaines manœuvres, de certains artifices employés pour rendre plus vraisemblable le mensonge. Le co-contractant n'a pas été simplement trompé, il a été circonvenu. Le mineur ne s'est pas contenté de se dire capable, il s'est efforcé, par d'autres moyens, de faire croire à sa majorité ; par exemple, comme le suppose le texte, il s'est artificiellement vieilli de physionomie, d'aspect.

Y a-t-il donc opposition entre nos deux textes ? Non ;

car la L. 3, si elle suppose ces artifices, ne les exige pas. Les empereurs délibèrent sur une espèce qui leur est soumise ; or, dans cette espèce, le mineur a usé de manœuvres pour tromper son co-contractant : il n'est dès lors pas douteux qu'il sera privé de l'*in integrum restitutio*, puisque, d'après la const. précédente, il en serait privé même s'il ne s'était rendu coupable que de mensonge. Voilà certes une conciliation fort acceptable. — Ce n'est pas cependant à cette idée que nous pensons devoir nous arrêter. La conciliation n'est pas à faire, parce que les deux textes donnent au fond la même règle, le second dans des termes plus précis, le premier dans des termes plus larges et plus vagues. En effet, si nous relisons maintenant la loi 2, notre attention, mise en éveil par la loi 3, ne manque pas de s'arrêter sur un mot qui passait inaperçu à une première lecture, ou pouvait être considéré comme une redondance : « *fallaci mendacio* »... Cela implique plus qu'une simple déclaration fausse, un mensonge avec circonstances aggravantes, un effort pour rendre ce mensonge vraisemblable, pour anéantir les soupçons du co-contractant. Et alors nous sommes bien près de l'incapable *qui laborat probare se majorem*.

63. — Il peut se faire que ce ne soit pas de bon gré, mais violenté ou circonvenu, que le mineur s'est déclaré majeur lors du contrat, et a fait plus que la simple déclaration. Son co-contractant, d'ailleurs de mauvaise foi et peu digne d'égards, a voulu éviter ainsi la possibilité de l'*in integrum restitutio*. — Mais alors le mineur conserve le droit à la restitution. Il le conserve, mais à deux conditions : 1° qu'il prouve sa minorité à l'époque du

contrat ; 2° que son adversaire ne puisse pas établir que le mineur lui-même a été complice du dol (L. 31, p. 1 et 2). — Cette dernière condition peut paraître exagérée. S'il y a complicité, entente, il semble plus juste de punir le contractant majeur que le mineur. Sans doute, la L. 2 dit, et cela très justement, que *jura publica subveniunt errantibus, non fallentibus*; mais encore faut-il, aux termes de cette même loi, que le dol du mineur ait trompé son contractant, *si te deceperit mendacio fallaci*. Or, ici, il ne l'a pas trompé. — Et pourtant, cette condition n'est que l'application des vrais principes en matière de responsabilité; l'idée que nous nous sommes efforcé de mettre en lumière dans toute cette étude conduit à cette décision. Non, il n'y a pas lieu de punir le capable plutôt que l'incapable, parce qu'en présence d'un dol, il n'y a ni capables ni incapables. Dès qu'il y a dol, il y a *capacitas doli*; cela est d'évidence, puisque, si l'on n'était pas capable de dol, on n'aurait point commis de dol. Par conséquent, s'il est prouvé que le mineur a pris part à la fraude à la loi, il n'y a pas plus de raison de le favoriser que de favoriser son co-contractant. Et cela prouve bien, une fois de plus, que les Romains ne reconnaissaient en fait de dol qu'une capacité naturelle, et que, là où cette capacité existait en fait, il y avait obligation de réparer, en d'autres termes responsabilité.

L'*in integrum restitutio* sera donc refusée au mineur. Si le contrat n'est pas encore exécuté de part ni d'autre, il nous semble pourtant que le mineur pourra se refuser à l'exécution qui lui est demandée par son co-contractant, en lui opposant l'*exceptio doli*. Sans cela, celui-ci serait

favorisé au détriment du mineur, ce qui ne se justifierait pas mieux que la solution inverse. C'est d'ailleurs une règle connue que l'exception de dol assure le succès du défendeur alors même que le dol est réciproque ¹, et cela par application de l'idée qui a inspiré la règle *In pari causa melior est causa possidentis*. Mais alors, ce n'est pas que l'*in integrum restitutio* soit accordée au mineur ; non, c'est, on le voit, par application d'une règle de droit commun, qui existe même entre majeurs. Un cas topique où l'*in integrum restitutio* sera refusée dans notre hypothèse celui où le contrat ayant été déjà exécuté, le mineur voudrait maintenant faire remettre les choses en l'état.

64. — La déclaration de majorité peut avoir été accompagnée d'une manœuvre frauduleuse d'une gravité toute particulière : le mineur a juré être majeur et a consigné par écrit sa déclaration et son serment. Alors il ne sera admis à prouver sa minorité que par écrit, non par témoins, et il faudra que de ces écrits produits résulte une preuve évidente et qui saute aux yeux. Voilà ce que dit la loi 3, § 3. Le mineur, est admis à cette preuve parce que, comme le montre le § 1, son co-contractant a pu le violenter ou le circonvenir pour obtenir de lui ce serment écrit, destiné à le préserver de l'*in integrum restitutio*. — Mais, dès lors, le texte nous paraît s'exprimer inexactement. Ce que le mineur devra prouver par écrit, ce n'est pas seulement sa minorité, mais encore la violence ou le dol

1. — C'est pourquoi la *replicatio doli* est inutile contre l'exception de dol.

de son co-contractant ¹. Car, prouvât-il sa minorité, cela ne lui permettrait pas de se faire restituer ; tout au contraire, il prouverait ainsi son dol.

65. — Reste le cas du mineur qui sincèrement se croyait majeur. L'*in integrum restitutio* lui sera alors accordée (L. L. 1 et 4, *cod tit.*). Sans doute, le mineur pourrait bien être considéré comme en faute d'ignorer son âge véritable. Que si néanmoins il n'en répond pas, c'est que la loi ne veut pas que l'incapacité soit par elle-même une occasion involontaire d'obligation. D'ailleurs, nous avons vu (n° 36) que l'incapable n'est point même tenu de son dol négatif consistant dans le silence intentionnel gardé sur son incapacité.

66. — En résumé, et pour revenir à la question qui a été pour nous l'occasion de commenter le titre 43, livre II, au Code, il paraît résulter des lois 2 et 3 *pr.* de ce titre que, pour le pubère mineur de vingt-cinq ans qui connaît son état de minorité, la simple déclaration de majorité ne doit pas être considérée comme dol suffisant pour entraîner responsabilité. Quelles circonstances aggravantes, au juste, doivent s'y ajouter ? C'est ce qu'il est difficile de déterminer d'après les textes. Ils laissent seulement percer, d'une manière générale, l'idée d'un recours à la ruse, d'un véritable effort destiné à tromper, à dissiper les soupçons du co-contractant. Le *mendacium* doit être *fallace* ; un mensonge nu, dépouillé d'artifices, ne

1. — Nous ne voyons guère, toutefois, comment il sera facile de prouver par écrit cette violence ; à moins qu'elle ne résulte de l'apparence même de l'acte.

suffit point. Une petite mise en scène, comme celle du mineur qui se grime, dont nous parle la loi 3 *pr.*, est une aggravation suffisante. Et ce point est à retenir ; car il va nous être d'un grand secours dans la solution d'une question que nous devons maintenant nous poser et résoudre.

67. — Faut-il généraliser ce qui vient d'être dit des mineurs, et l'appliquer aux autres incapables? Les éléments de la solution sont contenus dans la double idée suivante : 1° La règle est que chacun répond de son dol, et il n'est pas douteux que la simple affirmation mensongère ne soit un dol ; 2° Toutefois, exception est faite pour le mineur de vingt-cinq ans, qui n'est tenu que si son dol dépasse la simple affirmation ; cela, parce que l'aspect physique de sa personne a dû éveiller la défiance de son co-contractant ¹. Que tel soit bien le motif de l'exception introduite pour le mineur, c'est ce qui ressort avec évidence du cas du mineur qui se grime pour éviter les soupçons de l'autre partie. D'où nous n'hésitons pas à conclure que si le mineur présentait naturellement et très évidemment l'apparence d'un homme de quarante ans, par exemple, la simple déclaration de majorité suffirait à sa responsabilité.

1. — Ce n'est point à dire, bien entendu, que ce fait excuse le dol de l'incapable. En aucune façon. Seulement, en présence de l'apparence de jeunesse de cet incapable, il n'est pas vraisemblable qu'un dol aussi peu compliqué qu'une simple affirmation ait trompé le co-contractant. C'est à croire qu'il tenait à rester dans l'erreur, ou plutôt dans le doute.

Les dispositions spéciales au mineur ne doivent donc pas être généralisées et étendues aux cas où la même considération ne les saurait justifier. Mais cela même nous indique qu'il existe deux classes d'incapables auxquelles ces dispositions doivent à *fortiori* s'appliquer. C'est d'abord l'impubère, dont l'aspect physique est encore plus net et plus probant que celui du mineur. C'est, en second lieu, la femme, tant que dura la tutelle des femmes.

Pour cette dernière classe d'incapables, il importe de bien saisir la question, de manière qu'aucune confusion ne soit possible quand nous nous préoccupons du même point de vue en droit français. La femme romaine était incapable en tant que femme et, à ce titre, se trouvait soumise à une tutelle perpétuelle. Son incapacité tenant à son sexe, elle était plus qu'aucune autre aisée à deviner, le costume venant corrober l'indication plus que suffisante qui résulte de l'aspect de la personne physique. Dès lors, il paraît que la seule déclaration de capacité, faite par la femme, ni même le plus adroit mensonge destiné à y faire croire, aient jamais pu entraîner de sa part obligation de réparer. Car le dol n'est une source de responsabilité que s'il aboutit à tromper celui à l'égard de qui on le pratique. Or, la tutelle des femmes étant une règle générale et étant perpétuelle, croire que telle femme n'est point en tutelle, n'aurait été rien moins qu'une grossière erreur de droit, qu'on ne pourrait raisonnablement considérer comme sincère. Admettrait-on comme une erreur admissible celle d'une personne qui aurait cru, quelques moyens qu'eût d'ailleurs employé l'incapable pour produire cette erreur, qu'un impubère,

qui s'avouait impubère, était néanmoins capable ? Évidemment non. Et bien, la situation était toujours celle-là pour la femme.

On pourrait toutefois imaginer chez la femme un dol destiné à tromper sur sa capacité, en trompant sur son sexe. C'est par l'aspect de la personne que le co-contractant doit être ici mis en garde contre toute erreur ; or, il se peut que la femme prenne frauduleusement toutes les apparences d'un homme, par un habile travestissement ¹. Dans ces conditions, il n'est point douteux qu'elle serait tenue à réparation.

Plus tard, sous Auguste, lorsque la loi *Papia Poppæa* fut rendue, dispensant de la tutelle, même légitime, les femmes ingénues qui avaient trois enfants, et dispensant les affranchies des autres tutelles seulement, les femmes purent se livrer à un dol moins impudent.

Une autre occasion de dol fut fournie par la loi *Claudia*, rendue sous l'empereur Claude (an 798 de Rome), et qui, supprimant en entier la tutelle des agnats sur les femmes, ne laissa plus subsister parmi les tutelles légitimes et réelles que celles des ascendants et des patrons (Gaius, I, 157).

D'après le principe que nous avons cru découvrir au fond des décisions romaines, le simple mensonge, la seule déclaration de triple maternité ou d'absence d'ascendants ou de patrons devait suffire à obliger la femme à réparer son dol ; car ce ne sont point là des alléga-

1. — Dans le même ordre d'idées, on peut imaginer un impubère qui aurait revêtu la robe virile.

tions contre lesquelles on peut être mis en garde par l'aspect de l'individu.

68. — Pour le prodigue interdit, la simple déclaration de capacité doit, au contraire, suffire à entraîner responsabilité. La prodigalité, à la différence de l'âge et du sexe, ne marque pas la personne physique d'un signe qui la fasse reconnaître. Plus que cela, tout prodigue n'est point interdit ; et si l'on n'a pas d'abord de raison de supposer qu'on est en présence d'un prodigue, comment viendrait-il à l'esprit de croire à l'interdiction de cette personne ? Sans doute, l'on doit s'informer de la capacité de son co-contractant ; car *nemo ignorare censetur conditionem ejus*... Mais quand on a pris son information près de la personne la plus compétente, à savoir son propre co-contractant, et que celui-ci nous affirme sa capacité, cette maxime n'a plus rien à faire et l'on ne peut être considéré comme imprudent, alors surtout qu'on n'avait nulle raison de présumer l'incapacité. Et, d'ailleurs, comment établir que l'on n'est pas interdit ? — La considération qui a fait admettre, au droit commun de la responsabilité pour tout fait de dol, une exception en faveur de l'impubère, du mineur et de la femme, ne se rencontre plus ici : la généralisation des règles contenues au titre 43 du Code (livre II) doit donc s'arrêter, pour laisser le prodigue interdit sous l'empire du droit commun.

69. — La décision que nous venons de donner pour le prodigue interdit en nous appuyant sur la seule logique, les textes vont nous la montrer expressément consacrée à l'égard de deux autres catégories d'incapables, dont l'incapacité, de même que celle du prodigue, ne se révèle

point extérieurement. Nous voulons parler des incapacités spéciales établies par les sénatus-consultes Macédonien¹ et Velleien². Le premier décida d'une manière générale que les prêts d'argent faits à des fils de famille ne donneraient aucune action. Le second défendit aux femmes³ l'*intercessio*. *Intercedere*, c'est, on le sait, intervenir dans une affaire qui ne nous concerne pas, en obligeant notre personne ou notre chose dans l'intérêt d'autrui.

Supposons donc un fils de famille qui a déterminé une personne à lui prêter une somme d'argent en lui affirmant qu'il était *paterfamilias*. Cette simple affirmation le privera de l'*exceptio senatus-consulti Macedoniani* : « *Si*
« *filius, cum in potestate patris esset, mutuum a te pecu-*
« *niam accepit, cum se patrem familiam diceret, ejusque*
« *adfirmationi credidisse te justa ratione edocere potes,*
« *exceptio ei denegabitur* » (L. 1. *ad S. C. Maced.*, C., 4, 28).

La solution que nous trouvons au Digeste n'est pas

1. — Rendu sous le règne de Vespasien (Suétone, *Vesp.*, 14). Un passage des *Annales* de Tacite laisserait supposer qu'il a été rendu sous le règne de Claude (Tacite, *Ann.*, XI, 13). Sur la conciliation de ces deux documents, V. Accarias, *Précis de Dr. R.*, II, n° 591, première note. — Le texte du sénat.-cons. se trouve au Digeste : L. 1, pr., *de S.-C. Maced.*, 14, 6.

2. — La date incertaine de ce sénat.-cons. doit se placer entre l'avènement de Claude (an 41) et la mort de Vespasien (an 79). V. L., 2 et L. 16, p. 1, *ad S.-C. Vell.*, D. 16, 1; — c. p. r. L. 2, p. 47, *de orig. jur.*, D., 1, 2. — Le texte du sénat.-cons. se trouve au Digeste : L. 2, p. 1. *ad S.-C. Vell.*

3. — A cette époque, la tutelle des femmes était tombée en désuétude.

moins nette pour la femme qui fait acte d'*intercessio* en trompant sur son incapacité. Mais, tout d'abord, étant donné que cette incapacité est attachée au sexe, comment le co-contractant peut-il croire à la capacité de la femme sur la simple affirmation de celle-ci? C'est que l'incapacité dont il s'agit, bien qu'embrassant en principe toute *intercessio*, fléchit néanmoins dans certains cas exceptionnels, notamment lorsque la femme a un intérêt à l'*intercessio*, comme lorsqu'elle intercède pour son mandataire, qui a besoin d'argent pour l'exécution du mandat. Et bien, il se peut que la femme affirme qu'elle intercède ainsi dans son propre intérêt. En présence de cette simple affirmation, voici la décision que Paul nous présente : « *Si decipiendi animo, vel cum sciret se non teneri, mulier pro aliquo intercesserit, exceptio ei senatus-consulti non datur : actionem enim quæ in dolum mulieris competit, amplissimus ordo non excludit* ». (L. 30, pr., ad S. C. Vell., D., 16, 1). Et Ulpien nous donne en peu de mots la raison de ce refus de l'*exceptio senatus consulti Velleiani* : « *Ita demùm eis subvenit, si non callide sint versatæ... Nam deceptis, non decipientibus opitulatur... Infirmitas enim fæminarum, non calliditas, auxilium demit* ». (L. 2, p. 3, ad S. C. Vell.).

On remarquera même, dans le texte de Paul, qu'il semble priver la femme de l'*exceptio Velleiani* pour son dol négatif, pour le silence gardé sur son incapacité. Nous avouons ne pas bien comprendre cette décision. Tout d'abord, la règle *Nemo censetur ignorare conditionem ejus cum quo contrahit* s'oppose à une pareille solution. En second lieu et surtout, comment le co-contractant peut-il

être trompé par le silence de la femme ? La présomption n'est-elle pas l'incapacité d'*intercessio* ?

Quoi qu'il en soit, il est, pensons-nous, établi que, tandis que les incapables dont l'incapacité se manifeste extérieurement par l'aspect physique de l'individu n'étaient tenus que du dol excédant la simple déclaration de capacité, les autres incapables répondaient même de cette simple déclaration mensongère.

70. — Dans le même ordre d'idées, il convient d'envisager une nouvelle espèce de dol relatif à la capacité. Jusqu'ici, c'étaient un impubère qui se déclarait pubère, un mineur de 25 ans qui se déclarait majeur, un prodigue qui s'efforçait de dissimuler l'interdiction dont il était frappé, une femme qui trompait son co-contractant sur son sexe ou s'attribuait une fausse maternité. Le dol consistait, dans toutes ces hypothèses, à tromper sur l'état même d'où résultait l'incapacité.

Mais l'incapable peut commettre un autre dol, tendant au même but. Il peut, tout en se reconnaissant impubère, mineur, interdit, c'est-à-dire incapable, prétendre qu'il est habilité pour le contrat qu'il s'agit de former.

Il faut tout d'abord bien voir en quoi au juste pouvait consister ce dol. Que prétendra l'impubère pour faire croire qu'il a été habilité ? Que son tuteur lui a donné l'*auctoritas* ? Certes non ; ou du moins, s'il le prétend, son co-contractant ne sera point admis à dire qu'il a été trompé, puisque, l'*auctoritas* eût-elle été réellement donnée par le tuteur avant la formation du contrat, l'impubère ne se trouverait point pour cela habilité. On sait, en effet, que l'*auctoritas*, pour être valablement donnée, doit l'être

dans l'acte même, ce qui implique la présence du tuteur à cet acte (*Inst.*, livre 1, t. 21, de *auctorit. tut.*, p. 2). Ce qu'il faut supposer pour que le co-contractant ait à se plaindre d'un dol vraiment efficace, c'est une *auctoritas* donnée dans les formes et avec les conditions requises, mais donnée par un faux tuteur. Le dol du pupille consistera donc à présenter un faux tuteur. Un titre du livre 27, au Digeste, vise précisément cette hypothèse : « *Quod falso tutore auctore gestum esse dicatur* (T. 6.). »

Le dol de la femme en tutelle ne pourra de même consister que dans la présentation d'un faux tuteur, puisqu'il s'agit encore d'*auctoritas*¹.

Quant aux mineurs de 25 ans et aux prodigues interdits, comme leurs curateurs n'ont à donner qu'un *consensus*, et que ce *consensus* n'a pas besoin d'être donné *in ipso negotio*, mais peut précéder ou suivre le contrat, il n'est pas nécessaire de supposer un faux curateur : le mineur ou le prodigue ont faussement déclaré être munis du *consensus*. Leur co-contractant peut, de ce fait, avoir été induit en une erreur légitime, puisque, si le *consensus* avait été réellement donné, fût-ce antérieurement à la convention, l'incapable se trouverait habilité, dans la mesure, bien entendu, où le *consensus* habilite². — Pour le fou, notre question ne peut point s'élever, puisque son

1. — Cela, du moins à l'époque où cette tutelle était sérieuse. Plus tard, quand la femme put forcer son tuteur à lui donner l'*auctoritas* (Gaius, I, 190), son dol aurait peut-être pu consister à promettre l'*auctoritas*, sans l'exiger ensuite.

2. — On sait qu'il ne fait pas absolument obstacle à l'*in integrum restitutio*, mais la rend seulement plus difficile à obtenir.

curateur n'est jamais dans le cas de donner son *consensus* et qu'ainsi ses fonctions se bornent à gérer.

Revenons maintenant à notre ordre d'idées ; car ce n'est point la question de savoir si les incapables sont responsables en principe de ce dol, qui nous préoccupe ici ; nous savons que ce principe est certain. Ce que nous nous demandons, c'est quelle gravité ce dol doit présenter, quelles manœuvres il suppose pour entraîner à la charge de l'incapable obligation de réparer. En un mot, suffira-t-il, comme de droit commun, que le co-contractant ait été trompé par l'incapable, — ou bien faudra-t-il chez celui-ci un effort particulier destiné à convaincre son co-contractant, comme nous avons vu tout à l'heure pour l'impubère et le mineur de vingt-cinq ans qui trompent sur leur état ?

Ulpien et Paul vont nous fournir les éléments de la réponse, au moins en ce qui concerne l'impubère :

« *Ait prætor : Si id actor ignoravit, dabo in integrum restitutionem. Scienti non subvenit, merito, quoniam ipse se decepit* ». (L. 1, p. 6, *quod falso tutore...*, D. 27, 6, Ulpien).

« *Si id, inquit, actor ignoraverit. Labeo ; et si dictum sit ei et bona fide non crediderit* ». (L. 2, *eod. tit.*, Paul).

Il résulte clairement de ces deux textes que, si un pupille présente un faux tuteur qui lui donne l'*auctoritas*, une seule chose est à considérer : le co-contractant a-t-il été trompé ? A-t-il cru être en présence du vrai tuteur ? Si oui, l'impubère sera tenu de son dol, et le prêteur accordera au co-contractant le bénéfice de l'*in integrum restitutio*. Et il en sera ainsi, même si le co-contractant a été prévenu par quelqu'un de la manœuvre frauduleuse

de l'incapable ; il suffira qu'il n'y ait point cru : *et si dictum sit ei et bona fide non crediderit.*

Il semble ainsi que la responsabilité de l'impubère soit beaucoup plus facilement admise quand il trompe sur l'habilitation que lorsqu'il trompe sur son incapacité. Il n'en est rien cependant, et nous ne trouvons ici que l'application des règles que nous avons déduites du titre *Si minor se majorem dixerit*.... (livre II, t. 43, au Code). La présentation d'un faux tuteur contient à elle seule et une déclaration mensongère d'aptitude à contracter et une manœuvre destinée à faire croire à cette aptitude. Cette présentation ne constitue-t-elle pas un dol aussi caractérisé que le fait du mineur qui se grime pour se donner l'apparence d'un majeur ? Rien donc d'étonnant à ce que l'impubère soit déclaré tenu du dol qui consiste dans la présentation d'un faux tuteur. Que si, en présence d'un dol de ce genre, on ne s'attache qu'à la conviction, à la bonne foi du co-contractant, et si l'impubère est responsable alors même que celui-ci aurait eu sa défiance éveillée par un tiers, pourvu qu'il ait en définitive cru sincèrement à la présence du vrai tuteur, il n'y a encore là rien d'exorbitant : la situation ne s'offrait-elle pas à lui dans les conditions les plus normales et sous l'apparence la plus correcte ? L'impubère se reconnaissait et s'avouait impubère, puisque précisément il présentait un tuteur ; *ad spectus corporis* n'avait rien à faire dans cette hypothèse, puisqu'il était convenu qu'il s'agissait de contracter avec un incapable. Les soupçons émis par un tiers ne sauraient équivaloir à l'aspect de la personne physique, d'autant que le dol est moins présumable,

étant donné que deux personnes y doivent coopérer.

Quoi qu'il en soit de l'explication, la solution est certaine¹, et il faut, sans aucun doute, l'appliquer à la femme en tutelle.

Quant au dol des mineurs de vingt-cinq ans et des prodigues qui déclarent faussement agir avec le *consensus* de leur curateur, il y a lieu de douter que la seule déclaration du *consensus* prétendu donné suffise à justifier l'erreur du co-contractant, et à entraîner responsabilité de l'incapable. Sans doute, ce *consensus* prétendu existant donne bien à la situation l'aspect normal et régulier ; mais, à la différence de l'*auctoritas* fournie par le faux tuteur *in ipso negotio*, l'existence du *consensus*, puisqu'il n'est point donné *hic et nunc*, puisque le co-contractant *ne le voit point* donner, peut très justement faire doute. La plus élémentaire prudence ordonne d'en exiger une preuve ; il suffit pour cela de ne point vouloir être trompé. Ne pas exiger cette preuve, c'est tenir à son incertitude ; or, une incertitude de ce genre n'est point proprement une erreur, et on serait mal venu, nous semble-t-il, à venir de ce chef réclamer réparation. Ici encore, le

1. — Le texte donne au co-contractant trompé l'*in integrum restitutio*. Il suppose sans doute que le contrat a déjà été exécuté de sa part, sans quoi l'*exceptio doli mali* lui serait suffisante. — L'*in integrum restitutio* aura pour effet de supprimer l'acte juridique qui est intervenu. Mais il se peut que le dommage causé par le dol ne soit pas complètement réparé par ce procédé. Le co-contractant, à supposer, bien entendu, qu'il n'ait découvert le dol qu'après l'exécution de son engagement, pourrait-il alors se servir plutôt de l'*actio de dolo* ? Nous le pensons. — Quant à la difficulté de concilier la coexistence de ces deux moyens avec le caractère subsidiaire de l'action de dol, V. Accarias, *Précis de D. R.*, II, n° 840.

mineur et le prodigue, pour être tenus de leur dol, devraient donc avoir commis plus qu'une déclaration toute nue; ils devraient s'être efforcés de dissiper ou de prévenir les doutes de leur co-contractant par des manœuvres frauduleuses, telles qu'une fausse attestation ou une constatation écrite du *consensus*.

Ils pourraient aussi, comme l'impubère, bien que pour eux ce ne soit pas le seul moyen de tromper, présenter un faux curateur, qui donnerait son *consensus* en présence du co-contractant. Cette manœuvre donnerait alors certainement lieu à réparation, même si un tiers avait averti celui-ci, pourvu que sincèrement il ait cru au vrai curateur (Arg. L. 2, *Si minor se majorem dixerit*. C.).

71. — L'incapable qui, en trompant sur son incapacité ou sur l'habilitation, s'est rendu coupable d'un dol dans la formation du contrat, répond de ce dol et est tenu à la réparation du dommage qu'il a pu ainsi causer. Mais en quoi consistera cette réparation?

Les textes relatifs au mineur de vingt-cinq ans nous disent que, s'il a fait croire à sa majorité, l'*in integrum restitutio* lui sera refusée : *in integrum restitui non debet, restitutionis auxilium denegari statutum est*¹. Cela revient à dire que la forme de la réparation du dol du mineur consistera dans le maintien du contrat. C'est, en effet, ce à quoi prétendra la victime du dol; car, ce dont elle se plaint, c'est non pas de l'existence, mais de la nullité d'un contrat sur la validité duquel elle avait droit de compter. Et comme le mineur de vingt-cinq ans n'est pas

1. — L. L. 2 et 3, *Si minor se majorem dixerit*..., C., II, 43.

proprement un incapable¹, que l'*in integrum restitutio* n'est qu'une faveur que le prêteur se réserve la faculté de lui accorder en cas de lésion, mais qu'il n'a pas droit à une nullité pour incapacité, rien de plus simple que le refus du prêteur de ne point accorder cette faveur au mineur coupable de dol. Et de là suit tout naturellement le maintien du contrat, d'ailleurs parfaitement valable dès l'origine².

Telle était la conséquence du dol du mineur qui s'était

1. — Cela est du moins certain jusque vers la fin du troisième siècle. A compter de cette époque, on n'est plus absolument fixé sur l'état de la législation en cette matière. Les uns prétendent que le mineur pourvu d'un curateur aurait été de tous points assimilé à l'impubère. Les autres affirment que ce mineur ne fut jamais que restituable pour lésion. Nous constatons, pour notre part, que les constitutions de Dioclétien et Maximien, dont il s'agit, sont de la fin du III^e siècle et ne parlent bien que d'*in integrum restitutio*.

2. — Le dol du fils de famille emprunteur ou de la femme qui faisait acte d'*intercessio* entraînait également le maintien du contrat, par voie de refus de l'*exceptio S. C. Macedoniani* ou *Velleiani*. Mais ce résultat découlait de dispositions spéciales, dont la sanction d'ailleurs n'est pas très aisée à déterminer dans sa nature. Était-ce bien d'une nullité véritable qu'il s'agissait? On pourrait le croire d'abord, les deux sénatus-consultes déclarant que le créancier n'aurait pas d'action. Mais, d'un autre côté, il semble bien que cette nullité ne soit pas de même nature que celle qui frappe les actes de l'impubère, puisqu'elle est invoquée sous forme d'exception. Ce serait donc une nullité qui n'opère qu'*exceptionis ope*, de sorte que le *mutuum* contracté par le fils de famille et l'*intercessio* consentie par la femme resteraient valables en droit civil. Dès lors, il est aussi facile que pour le mineur d'expliquer que le dol de ces personnes aboutisse au maintien du contrat. — (Dans tous les cas on peut s'étonner que des moyens tirés de sénatus-consultes, qui sont l'une des sources du *jus civile*, n'opèrent pas *ipso jure*, mais seulement *exceptionis ope*. Ce ne sont point cependant les deux

fait passer pour majeur. Mais il ne faut pas en conclure que tel était toujours le résultat du même dol commis par tous incapables. C'est une conséquence spéciale au mineur et qu'il n'est pas permis de généraliser, parce que la condition juridique de l'impubère, du prodigue et de la femme en tutelle est tout autre que celle du mineur de vingt-cinq ans. Ces personnes sont de véritables incapables d'après le droit civil lui-même, et le contrat auquel ils prennent part sans être habilités, loin d'être valable comme le contrat consenti par le mineur, est nul à raison de leur incapacité. Cette nullité découle de la loi : c'est un droit qu'ils invoquent, lorsqu'ils s'en prévalent, et non une faveur qu'on est maître de leur refuser. En conséquence, leur dol n'empêchera pas la nullité du contrat, parce que le dol ne saurait faire disparaître l'incapacité de contracter. Seulement, la victime du dol, qui souffrira de cette nullité, aura droit à réparation. C'est ainsi que la capacité contractuelle et la responsabilité, complètement indépendantes dans leur source, conservent logiquement cette indépendance dans leurs effets.

Un texte, que nous avons eu déjà l'occasion de citer (L. 1, p. 6 et L. 2, *quod falso tutore...*, D., 27, 6 ; v. n° 70), va nous prouver indirectement la justesse de cette conception. Il s'agit d'un pupille qui a présenté un faux tuteur. Ulpien donne au co-contractant l'*in integrum restitutio*. Comment expliquer cette restitution en entier

seuls cas où il en soit ainsi : le sénatus-consulte Trébellien, lui aussi, n'engendrait qu'une exception, l'*exceptio restitutæ hereditatis* (L. 27, p. 7, *ad S. C. Trebell.*, D., 36, 1).

offerte au co-contractant? Ne semble-t-il pas que sa prétention doive être, au contraire, de demander le maintien du contrat, puisqu'il croyait traiter avec un capable? C'est que précisément il ne peut prétendre au maintien du contrat, et qu'ainsi il se trouverait soumis à la volonté du mineur, qui demandera ou négligera, selon son intérêt, l'exécution du contrat. Et c'est pour tirer de cette incertitude et de cette situation mauvaise la victime du dol qu'Ulpien lui offre l'*in integrum restitutio ob dolum*. — Une autre preuve que l'impubère conserve le droit à la nullité malgré son dol résultera du jeu même des règles de procédure. Supposons qu'un impubère, qui s'est fait passer pour pubère ou s'est fait assister d'un faux tuteur, a promis de transférer la propriété de sa chose. Le créancier réclame l'exécution de l'obligation. Le mineur répond en niant son obligation, puisqu'il n'a pu s'obliger. Le juge ne peut méconnaître cette absence d'obligation contractuelle. Dira-t-on que le créancier a la *replicatio doli*? Mais une répliqué ne peut être opposée qu'à une exception¹; or, ce n'est point une exception qu'invoque le pupille en se prévalant de son incapacité.

Le créancier, à la vérité, peut subir ainsi un dommage. Mais il en obtiendra réparation par l'*actio de dolo*, dont le caractère subsidiaire ne sera pas ici un obstacle, puisque la victime du dol ne possède pas d'autre moyen.

72. — Revenons, pour un instant, au mineur de vingt-cinq ans et supposons qu'au lieu de faire croire à sa majorité, il a trompé sur l'existence du *consensus* de son

1. — L. 2, p. 1; L. 22, p. 1, de *except.*, D., 44, 1.

curateur, soit en prouvant faussement qu'il a été donné, soit en présentant un faux curateur. Quelle sera la conséquence de ce dol ? Aboutira-t-il encore au maintien assuré du contrat ? Pas nécessairement. L'*in integrum restitutio* pourra lui être accordée comme elle pourrait l'être s'il avait été réellement muni du *consensus*. A quoi, en effet, peut légitimement prétendre le co-contractant victime du dol, sinon uniquement à la situation sur laquelle il comptait, à celle qu'il aurait eue si le *consensus*, au lieu d'être faussement rapporté, avait réellement existé ? Or, l'existence du *consensus* n'est pas un obstacle absolu à l'*in integrum restitutio*, qu'il rend seulement plus difficile. Que si, lorsque le mineur s'est fait passer pour majeur, cette restitution doit lui être absolument refusée, c'est précisément par application de la même idée : le co-contractant, qui croyait se trouver en présence d'un majeur, avait droit de compter sur l'impossibilité de l'*in integrum restitutio* ¹. Dans notre hypothèse, au contraire, il la savait possible, malgré la réalité du *consensus*. Le mineur pourra donc, bien qu'il ait fait croire à sa majorité, demander et obtenir le bénéfice de la restitution dans les cas où un majeur le pourrait lui-même. La conséquence du dol du

1. — Nous ne voulons pas dire que l'*in integrum restitutio* ne soit jamais accordée à des majeurs ; nous savons qu'elle peut l'être pour violence, dol, erreur, *permutatio status* et absence (L. L. 1 et 2, de *in integr. rest.*, D., 4, 1). Mais nous ne supposons rien de semblable. Nous disons simplement, que le co-contractant avait droit de ne pas craindre la restitution fondée sur la minorité. — (V. aussi, au Digeste livre 4, t. 6 : *Ex quibus causis majores XXV annis restituuntur.*

mineur qui a rapporté un faux *consensus* sera donc uniquement de le priver de la possibilité d'obtenir l'*in integrum restitutio* fondée sur la minorité ¹.

1. — Une question intéressante aussi est celle du dol et de la faute commis par les représentants des incapables (tuteurs ou curateurs). Ce dol et cette faute ont-elles effet à l'égard des incapables ? « *Et* « *puto*, dit Ulpien, *si solvendo tutor sit, præstare pupillum ex dolo ejus (tutoris)* »... (L. 21, p. 1, D., 15, 1). — Mais ce point de vue ne rentre pas dans le cadre de notre étude. Voici, toutefois, les principaux textes qui s'y réfèrent : L. L. 3 et 4, *Quando ex facto tut.*, D., 26, 9 ; — L. 198, *de reg. jur.* D., 50, 17, et L. 1, p. 6, *quod vi aut clam*, D., 43, 24 ; — L. 15, pr., *de dolo malo*, D., 4, 3 ; — L. 4, pp. 24 et 25, *de dol. mal. et met. except.*, D., 44, 4 ; — L. 61, *de adm. et pericul.*, D., 26, 7.

CHAP. III — DROIT FRANÇAIS

73. — Si la responsabilité des incapables pour leur dol et leur faute en dehors des contrats est, pour ainsi dire, unanimement admise aujourd'hui, comme elle l'était à Rome, il n'en est pas de même, tant s'en faut, de leur responsabilité pour le dol et la faute qu'ils commettent à l'occasion d'un contrat. Disons-nous que les commentateurs du Code civil sont en désaccord ouvert sur ce point? Non, parce qu'ils sont généralement muets. Lorsqu'ils parlent du dol et de la faute des incapables, c'est dans le commentaire de l'article 1310 C. c. ; or, il y a comme une sorte d'accord tacite dans la doctrine, pour considérer que cette disposition n'a trait évidemment qu'au dol et à la faute extra-contractuels, c'est-à-dire au dol et à la faute pour lesquels on croit strictement réservée l'expression délit et quasi-délit, expression employée par cet article 1310.

Cela ne devrait pas, dans tous les cas, dispenser de s'occuper du dol et de la faute commis à l'occasion des contrats, et on les devrait ~~au moins~~ mentionner, soit pour leur appliquer l'article 1310, soit pour l'écarter à l'aide d'un argument *a contrario*. On ne le fait point cependant, du moins expressément. Sans doute, on envisage bien une hypothèse particulière de dol contractuel, à savoir le dol du mineur qui fait croire à sa majorité; on s'occupe

de ce cas, parce que l'article 1307 le prévoit expressément. Mais, d'abord, c'est à peine si l'on prévoit le même genre de dol pour les autres incapables. Et, ensuite, ce n'est là qu'un cas particulier de dol, qui, à la vérité, demande une étude spéciale parce qu'il est propre aux incapables et celui dont ils se rendront le plus fréquemment coupables, mais qui pourtant est loin d'embrasser tous les cas de dol. L'article 1307, en somme, n'envisage qu'une espèce de dol dans la formation du contrat. Mais il y a, dans la formation des contrats, d'autres faits dolosifs possibles, et, dans l'exécution, le dol peut aussi bien se produire que dans la formation. Enfin, la faute, dans tout cela, passe complètement inaperçue ¹.

Les auteurs, en général, ne sont donc point suffisamment explicites sur cette intéressante question. Mais, des raisons qu'ils fournissent à l'appui de la responsabilité des incapables pour leur dol et leur faute extra-contractuels, il est assez aisé de pressentir la solution qu'ils lui donneraient. Les incapables, disent-ils, sont tenus de réparer le dommage causé par leur dol et leur faute, parce que la victime de ce dommage, n'ayant point contracté avec l'incapable, n'a aucune imprudence à se reprocher. La conséquence logique n'est-elle pas que les incapables ne répondent point de leur dol et faute dans les contrats, puisqu'alors la victime a, selon eux, commis une imprudence ? Pour le dol, toutefois, on songerait peut-être à échapper à cette conséquence, en invoquant

1. — M. Larombière, seul, s'est élevé à cette conception générale de la responsabilité civile des incapables. (*Oblig.*, V, sous art. 1307 et 1310).

l'idée, souvent émise, que le dol fait exception à toutes les règles. Nous verrons quelle importance il convient d'attacher à cette idée.

C'est devant les tribunaux que notre question, jusqu'ici, est surtout agitée. Elle a donné lieu à de nombreux arrêts, qui ont eux-mêmes valu de remarquables dissertations, en forme d'annotations, de notre savant maître M. Labbé. Presque tous les arrêts, et surtout les plus importants, ont été rendus au sujet de la femme dotale ; c'est au dol et à la faute commis par cette incapable qu'ont trait les trois notes de M. Labbé ¹. Mais les raisons sur lesquelles il appuie ses solutions ne permettent pas de douter qu'il les étendrait aux autres incapables. La conclusion à laquelle il arrive, dans la note sous l'arrêt de Pau, du 2 juin 1880, est celle-ci : « Les *dols* ou les *fautes* « commis par la femme dotale en contractant, soit dans « la formation, soit dans l'exécution du contrat, ne sont « pas des délits ou des quasi-délits », d'où il suit que la réparation du dommage ne peut être poursuivie sur les biens dotaux. Une seule exception est faite pour le cas où le dol de la femme a consisté à tromper sur sa qualité de femme dotale ou sur la condition de tels biens dotaux. — Nous serions donc loin du système romain tel que nous l'avons exposé. Cette différence est-elle certaine ? Des

1. — Orléans, 26 décembre 1878, *aff. Bauffremont* (S. 79, II, 97, note) ; — Pau, 2 juin 1880 (S. 82, II, 249, note) ; — Cass., 23 novembre 1885, *autre aff. Bauffremont*, (S. 86, I, 1). — V. aussi les remarquables conclusions de M. l'avocat général Rouland, Cass. 23 novembre 1852 (S. 52, I, 769), — et le rapport de M. le conseiller Demangeat, dans l'arrêt de Cass. du 23 novembre 1885.

textes de lois sont-ils venus l'établir ? Serait-ce la consécration d'une théorie qui aurait pris naissance dans notre ancien droit ? Cette doctrine n'est-elle pas plutôt inspirée par un sentiment peut-être excessif de la protection due aux incapables ? C'est ce que nous allons rechercher. Nous croyons, quant à nous, que, sous le Code civil comme dans le droit romain, les incapables répondent en principe aussi bien du dol et de la faute qu'ils commettent à l'occasion des contrats que de leur dol et de leur faute en dehors des contrats. Nous ne reviendrons point sur la discussion de fond de cette question, nous ne reproduirons point ici les considérations de raison qu'on peut faire valoir, soit en faveur d'une différence à établir à notre point de vue entre le dol et la faute en dehors des contrats et le dol et la faute dans les contrats, soit contre cette différence. Cet ordre d'idées a fait l'objet de notre *Théorie générale*. Ce que nous avons à rechercher à présent, c'est si notre droit positif est conforme à la solution qui nous a paru la meilleure en raison, ou du moins s'il ne l'exclut pas.

74. — I. — **Dol spécial aux incapables.** — Occupons-nous d'abord du dol spécial aux incapables, c'est-à-dire du dol destiné à faire croire à leur capacité. Ce cas de dol, prévu, en ce qui concerne les mineurs, par l'article 1307, ne soulève pas de difficulté au point de vue de l'existence de la responsabilité. Les partisans les plus absolus de l'irresponsabilité des incapables pour leur dol et faute dans les contrats, ne contestent pourtant point, et cela est bien impossible en présence de l'article 1307, qu'exception

est faite pour le dol destiné à tromper sur l'incapacité¹. Toutefois, s'il n'y a pas divergence sur le principe, il n'en est pas de même sur l'application. L'accord cesse, lorsqu'on recherche la gravité du dol nécessaire pour entraîner obligation de réparer.

Nous avons dit déjà, dans notre *Théorie générale* et dans notre étude du droit romain, les raisons qui font se poser cette question, alors qu'il semble pourtant que, dès qu'un dol actif est commis, — et le fait de tromper activement sur son incapacité est un dol de ce genre, — responsabilité doit être encourue (v. nos 36 et 63). Nous avons vu aussi que les jurisconsultes de Rome distinguaient à ce point de vue entre les incapables dont l'incapacité peut être soupçonnée d'après l'aspect de la personne physique et les incapables dont l'incapacité ne se révèle par aucun signe extérieur. Les décisions les plus précises que nous avons été amené à commenter concernaient le mineur de vingt-cinq ans, et exigeaient, pour que cet incapable répondît de son dol, qu'il se fût rendu coupable de plus qu'une simple déclaration de majorité.

Nous voulons maintenant rechercher ce que devint cette idée dans notre ancien droit, et comment il faut entendre la disposition du Code civil sur ce point.

75. — *Ancien droit*. — Notre ancien droit se préoccupa beaucoup de cette question, et il n'est pas sans intérêt d'en présenter l'histoire.

1. — C'est pourquoi, à la différence de l'ordre que nous avons suivi dans l'étude du droit romain, nous commençons, en droit français, par envisager d'abord ce dol spécial.

La règle du droit romain se conserva dans notre ancienne jurisprudence : la simple déclaration de majorité, faite par le mineur, ne suffit point à empêcher la restitution. Voici ce que nous lisons dans le *Conseil* de Pierre de Fontaines (ch. XIV, par. XIX) : « Tu me diz que uns
« sous-agiez vendi terre et autres choses, et dona bone
« seurté al achateor que jamès n'en parlerait et le jura
« aussi sor saintz. — Or, demandes s'il ert restabliz por son
« aage ? Et certes lois en parole ainsi : Se tu donas cau-
« cion à celui qui acheta possession, que tu n'en move-
« roies d'iluec en avant plet contre lui¹ et tu affermas à
« garder ce meisme par ton seirement, tu ne dois pas
« cuidier que je te doingne achoison de tricherie fère ne
« de parjurer toi² ».

A vrai dire, il ne s'agit point là d'un mineur qui a fait croire à sa majorité. Il a si peu voulu tromper l'acheteur qu'il lui a affirmé et juré qu'il ne se prévaudrait jamais de son incapacité pour faire annuler la vente. L'acheteur connaît donc bien la condition de celui avec qui il contracte. Dès lors, pourquoi refuser au mineur la restitution ? Ce refus est fondé sur le serment prêté par le mineur : il ne faut pas que son incapacité soit pour lui une occasion de parjure³. Législation vraiment matérialiste,

1. — «... Que tu ne l'en chasserais en ayant procès contre lui... ».

2. — «... Tu ne dois pas espérer que je te donne occasion de faire tricherie ni de te parjurer ».

3. — Le droit romain aussi avait prévu le cas de serment prêté par l'incapable. Mais la chose affirmée n'était point la même : un mineur jurait être majeur. Et alors l'effet du serment était de repousser la preuve par témoins de la complicité du co-contractant. Si la complicité était prouvée par écrit, le mineur était restitué (V. n° 65).

sous son apparence religieuse, s'attachant au fait matériel de la restitution pour décider s'il y a parjure, et non à la volonté et au fait de réclamer cette restitution malgré le serment prêté. Quoi qu'il en soit, la conséquence pratique de cette jurisprudence est facile à deviner : les mineurs pouvaient, en recourant au serment, faire des conventions aussi solides que s'ils avaient été majeurs. Et que la cause du refus de restitution fût bien le serment prêté, c'est ce que nous dit nettement Bouteiller dans sa *Somme rurale* : « car la loi ne doit être cause de parjure, « puisque c'est un contrat de bonne foi¹ ».

Mais, déjà, au temps de Bouteiller, il semble que le serment ne suffisait plus par lui-même à empêcher la restitution : la bonne foi du co-contractant était nécessaire, il fallait qu'il eût été trompé et qu'il eut une excuse à son erreur. Cette excuse consistait principalement dans l'apparence physique du mineur, dénotant faussement un âge plus avancé : « Encore peut être demandé, si un pupille « n'avait son âge, mais bien semblerait qu'il l'eût, et « ainsi le maintint qu'il l'eût et le jurât et affirmât, et sur « ce fit marché dont il fut perdant, et d'icelui voulut « avoir restitution, à savoir si avoir la devrait : sachez « que selon l'opinion des sages avoir ne la doit par la « raison qu'il jura, et par ce fut bien si subtil de dé- « cevoir autre, ou d'autrui vouloir décevoir, et droit ne

1. — *Somme rurale*, livre I, t. 92 : *De pupille par semblant avoir son âge, et non aurait*. — Par pupilles, Bouteiller entend les mineurs de vingt-cinq ans, comme le remarque son annotateur, Charondas le Caron.

« peut souffrir que par cautelle nul obtienne bénéfice de loi ¹ ».

Ainsi, l'entente entre le mineur et son co-contractant n'offre plus autant de danger. Malgré le serment de majorité que le co-contractant a pu pousser le mineur à prêter, celui-ci n'en sera pas moins admis à la restitution. Si le mineur a l'apparence habituelle des enfants ou jeunes gens de cet âge, malgré le serment prêté par lui, le co-contractant ne sera pas présumé de bonne foi, il sera considéré comme étant volontiers resté dans l'erreur, ou plutôt dans l'incertitude. C'est ce qu'exprime très clairement Charondas le Caron, l'annotateur de Bouteiller ².

Puis, le serment perdit même tout effet; on ne craignit plus autant le parjure de l'incapable. C'est ce que nous apprend Charondas, dans ses annotations à la *Somme rurale* : « On a tenu que les mineurs ne peuvent être restitués, si étant pubères ils ont promis par serment de ne rétracter la vendition par eux faite, et telle pratique a longuement duré, en telle manière que ceux qui voulaient en être relevés, devaient être dispensés du serment par leur Prélat : et on avait accoutumé aux lettrés de restitution d'y mettre clause, pourvu qu'il soit dispensé de son serment. Mais à présent telle pratique ne s'observe plus en France, et on n'y a plus d'égard, comme

1. — *Loc. cit.*

2. — On voit ainsi réapparaître l'idée que nous avons fait ressortir des textes romains, que l'aspect de l'individu, quand c'est un mineur, doit mettre en défiance, et qu'alors on n'est point supposé de bonne foi si l'on se contente d'une simple affirmation ; car, au fond, le serment n'est qu'une affirmation plus forte.

« a été jugé par arrêt du 19 avril 1513, avant Pâques, du « 27 mars 1531, et autres ¹ ». Ainsi le serment n'est plus considéré, à notre point de vue, que comme une affirmation particulièrement forte : il ne s'oppose plus, par lui-même, à la preuve de la minorité et à la restitution. Deux points, comme en droit romain, devront être établis pour que la restitution soit refusée au mineur : d'abord, la bonne foi du co-contractant ; ensuite, un effort de l'incapable pour tromper celui-ci, un *fallace mendacium*.

Ceux qui font métier d'exploiter les passions de la jeunesse, et en particulier les usuriers, se voyaient ainsi enlever un moyen facile de fraude à la loi. Mais ils ne se tinrent pas pour battus, et l'on dut arriver à des dispositions beaucoup plus radicales. C'est bien évidemment pour le contrat de prêt d'argent que le danger est le plus considérable : c'est à ce contrat que les jeunes gens sont particulièrement portés, et c'est aussi celui qui offre à l'usurier les procédés les plus faciles et les plus variés d'exploitation. On s'en était bien aperçu à Rome, où un sénatus-consulte dut être rendu pour dénier aux prêteurs toute action et les rappeler à la morale par la considération puissante de leur propre intérêt. Dans notre ancien droit, le prêt fut aussi l'objet de mesures particulières.

Les prêteurs, n'ayant plus la ressource de constituer les mineurs en dol suffisant, en leur faisant prêter un serment de majorité, cherchèrent par quel moyen ils

1. — *Somme rurale*, loc. cit., annotations. — V. aussi un arrêt du 6 avril 1609, rapporté par d'Expilly, en ses *Arrêts*, ch. 144.

pourraient se faire considérer comme victime des manœuvres frauduleuses de l'incapable et comme prêteurs de bonne foi. Ce moyen, ils le trouvèrent aisément. Comment d'ordinaire fournit-on la preuve de son âge? Par les extraits baptistaires. Il n'y avait donc qu'à insérer, dans l'acte écrit constatant le prêt, un faux extrait de baptême, attribuant au mineur un âge qu'il n'avait pas. De cette manière, le prêteur peut à juste titre prétendre qu'il a été trompé et qu'on ne saurait lui reprocher d'avoir cru plutôt à l'extrait baptistaire qu'à l'apparence physique de son co-contractant. Sans doute, le mineur est bien admis à prouver néanmoins la mauvaise foi du prêteur¹; mais cela n'est pas toujours très facile, et l'usurier aura plutôt songé à détruire tous moyens de preuve que le mineur à se réserver ces moyens, de sorte qu'en fait la restitution était le plus souvent refusée. Louët² cite deux arrêts, l'un de 1613 et l'autre de 1618, comme refusant la restitution à des mineurs qui s'étaient donnés comme majeurs et avaient présenté de faux extraits baptistaires. Cette difficulté de preuve attira l'attention des Parlements. « Mais depuis fut ce que l'expérience a fait recon-

1. — C'est ainsi qu'un arrêt du 4 juillet 1619, rapporté par Louët (lettre M, vii), a débouté un créancier de la demande qu'il faisait à un mineur qui s'était dit majeur sur un faux extrait baptistaire, *et duquel il savait l'âge*. Le commentateur de Louët, Guy du Rousseau de la Combe, laisse entendre qu'il y aurait présomption de mauvaise foi contre le co-contractant, « si c'était un parrain, un tuteur ou un « parent, qui pour sa qualité, conjonction, ou pour quelque autre cir- « constance notable, ne pût vraisemblablement ignorer l'âge du « mineur ».

2. — Louët et Brodeau, *lettre M*, vii : *Mineur qui s'est dit majeur*.

« naître, que la malice des hommes croissant, les déclara-
 « tions de majorité et la représentation des faux ex-
 « traits baptistaires insérés et transcrits dans les contrats
 « et obligations, étaient les pièges ordinaires dont on se
 « servait en toutes rencontres, pour surprendre et trom-
 « per la jeunesse, et couvrir les usures, et que cela était
 « tourné en style de Notaires; la Cour a fait un Règlement
 « général, par arrêt du Lundi 6 mars 1620..., en la
 « cause de Charles Pélerin, et dame Marie Levailant¹...,
 « par lequel défenses furent faites aux Notaires de ne plus
 « insérer dans les contrats et obligations conçues pour
 « prêt, les déclarations de majorité, et extraits baptistai-
 « res, sur peine de nullité, et d'en répondre en leur pro-
 « pre et privé nom² ». Ainsi, il n'était plus désormais
 possible de mettre à la charge du mineur la preuve de
 la mauvaise foi du co-contractant par l'insertion d'un faux
 extrait baptistaire. Dès que le mineur aura prouvé sa
 minorité, il aura droit à la restitution, sauf au prêteur à
 fournir lui-même la preuve de sa bonne foi et des man-
 oeuvres ou ruses par lesquelles le mineur l'a induit en
 erreur, auquel cas la restitution sera refusée³.

1. — On sait que les Parlements participaient au pouvoir législatif par leur droit de faire des arrêts de Règlement à l'occasion des espèces particulières qui leur étaient soumises. En voilà un exemple.

2. — Louët et Brodeau, *loc. cit.* — V. aussi : Pocquet de Livonnière, *Règles du Droit Français*, livre IV, ch. 9, règle 19.

3. — Mais la bonne foi ne se présume-t-elle donc pas toujours ? Et, en conséquence, n'est-ce pas toujours au mineur à prouver la mauvaise foi de son co-contractant ? — Il faut se garder d'une confusion. Le mineur demande la restitution en se fondant sur sa minorité, qu'il établit. Dès lors, il devrait donc être restitué. Le créancier

Quatre ans plus tard, le besoin d'une sévérité plus grande encore se fit sentir. Les usuriers, ne pouvant plus faire insérer les faux extraits dans les actes, se les faisaient remettre entre les mains, et l'arrêt de règlement était ainsi aisément tourné. Un nouveau Règlement, du 26 mars 1624, « sur le procès du sieur de Lucmajour, « fit inhibitions et défenses à toutes personnes de quel-
« que état et condition qu'elles soient, de *prêter argent* aux
« enfans de famille, encore qu'ils se disent majeurs, et
« en majorité, et qu'ils mettent l'extrait de leur baptistaire
« entre les mains de ceux qui leur prêtent, à peine de
« nullité des promesses, de confiscation des choses prêtées, et de punition corporelle : et ordonna que l'Arrêt
« et les autres précédens seraient publiés à son de trompe
« et cri public¹ ». Guy du Rousseau de la Combe attribue la nécessité de ces Arrêts à la malice croissante des hommes, en quoi il se montre quelque peu *laudator temporis acti*; car, qui ne songera, en les lisant, au sénatus-consulte Macédonien, rendu près de seize siècles auparavant?

Quoi qu'il en soit, il n'y eut plus qu'un seul moyen pour le prêteur d'éviter la restitution, ce fut de ne point prêter à ceux dont il ne connaissait pas sûrement l'âge. Quelle que fût sa conviction, quelles qu'aient été les manœuvres frauduleuses du mineur, il y avait toujours lieu à restitution, — plus que cela, à nullité : le prêteur n'avait pas même d'action ; de sorte qu'une mesure prise en haine

prétend maintenant qu'il n'y a pas lieu à restitution : c'est à lui de prouver la vérité de ce sur quoi il fonde sa prétention, à savoir l'erreur dans laquelle il dit avoir été induit.

1. — Louët et Brodeau, *loc. cit.*

des usuriers, c'est-à-dire des prêteurs de mauvaise foi, se trouvait rejaillir contre les prêteurs de bonne foi, même les plus excusables. Un arrêt du 26 avril 1629, rapporté par du Fresne, en son *Journal des Audiences du Parlement*¹, en fait précisément cette application.

76. — Ainsi, au point de vue qui nous occupe, un contrat s'était séparé des autres contrats, comme particulièrement dangereux pour les mineurs : c'était le prêt d'argent². De rigueurs en rigueurs, on en était arrivé à déclarer nul le prêt fait au mineur, même si le prêteur était de bonne foi, même si le mineur avait usé des manœuvres frauduleuses les plus reprehensibles. Les Parlements allèrent ainsi bien au-delà du sénatus-consulte Macédonien, qui cessait de protéger le fils de famille coupable de dol (n° 69).

Mais, pour tous autres contrats, notre ancien droit s'en tint aux règles plus modérées du Droit romain : le mineur qui fait croire à sa majorité perd le bénéfice de la restitution, pourvu qu'il y ait eu de sa part plus qu'une simple déclaration. Il faut au moins un *mendacium fallace*, mais aussi cela suffit. C'est ce qui ressort nettement de la doctrine exposée par Louët et des arrêts rapportés dans son *Recueil*³. Que si l'on recherche ce qui était considéré

1. — Du Fresne, livre II, ch. 43.

2. — Il ne faut pas s'étonner si les prêteurs tenaient tant à prêter, bien que dans notre ancien droit le prêt fut essentiellement gratuit. Il n'était pas plus difficile alors de frauder la loi sur la gratuité qu'aujourd'hui de la frauder sur la limitation du taux de l'intérêt en matière civile.

3. — Louët et Brodeau, *loc. cit.*

comme un effort pour tromper, une manœuvre suffisante pour empêcher la restitution, on voit, comme nous l'avons dit déjà (n° 75), que le serment de majorité remplit cette condition, *quando minor ex aspectu poterat judicari major*. Il paraît même que, en pareil cas, la déclaration n'avait pas besoin d'être confirmée par un serment. Quand ces deux circonstances concouraient, d'une part, déclaration de majorité, d'autre part, aspect physique dénotant un majeur, la restitution, semble-t-il, était refusée; il n'y avait pas alors *simplex assertio*, mais bien « deux qualités qui le présumaient majeur », d'abord la déclaration, ensuite l'aspect physique. « Il se trouve un « arrêt au *Registre des Plaidoyers* du Jeudi 31 juillet « 1598....., par lequel, sur l'*affirmation* faite par la femme « en présence de son mari, qui affirmait la majorité « depuis tel jour, fut déboutée des Lettres de restitution, « encore que la minorité fut vérifiée par écrit. Ce même « différend a été solennellement jugé en la cinquième « Chambre des Enquêtes....., de Baillon ayant été con- « damné, bien qu'il eût contracté mineur âgé de vingt- « trois ans huit mois, *sed fallaci majoris ætatis mendacio* « *creditorem deceperat*, lui désignant le jour de sa *majo-* « *rité*¹ ». Une femme mariée, un homme de 24 ans, ont facilement l'apparence de la majorité. Cette circonstance, jointe à l'affirmation, fait obstacle à la restitution. Il paraît même que désigner le jour depuis lequel on était majeur constituait plus qu'une simple déclaration. Si nous insistons sur ce point, c'est que l'ancien

1. — Louët et Brodeau, *loc. cit.*

droit devra nous être d'un grand secours pour l'interprétation de l'article 1307 du Code civil.

De ce que nous venons de constater, il résulte qu'à *fortiori* l'on devait voir un dol suffisant dans la représentation d'un faux extrait baptistaire (arrêts de 1613 et 1618), et dans l'habitude de se faire passer pour majeur au point d'en être arrivé à être généralement considéré comme tel (arrêt de 1599). Un arrêt de 1575 nous met en présence d'une manœuvre frauduleuse fort originale : « Un mineur, pour induire un créancier à lui prêter ses deniers, lui avait montré un tableau, où il s'était fait peindre, avec cette inscription : *Anno ætatis XXV* ». La restitution lui fut refusée ¹.

Tel était le droit commun dans les contrats autres que le prêt. Et pourtant, nous trouvons dans Denisart un arrêt, rendu le 5 février 1763, qui fait application du Règlement de 1624, sur le prêt d'argent, à la vente consentie par un mineur. La Grand'Chambre, « au rapport de M. le Noir, a entériné des lettres de rescision prises par la femme et curatrice du nommé Châalons, mineur, qui s'était dit majeur, sur le fondement d'un extrait baptistaire falsifié, contre le contrat de vente de rentes sur la ville, faite par le dit Châalons aux sœurs hospitalières de la charité, qui, ainsi qu'on en convenait, avaient

1. — Louët et Brodeau, *loc. cit.* La restitution fut refusée, bien qu'il s'agit d'un prêt d'argent. C'est que le Règlement de 1624 n'avait point encore été rendu. Postérieurement à ce Règlement, une ruse de ce genre employée à l'occasion de tout autre contrat que le prêt devait donc continuer de faire obstacle à la restitution.

« acheté de bonne foi ¹ ». Ainsi, la bonne foi de l'acheteur et le faux commis par le mineur n'avaient point suffi à empêcher la restitution. Cet arrêt fut certainement inspiré des Réglements de 1620 et de 1624 ; et, de fait, c'est sur eux que, au rapport de Denisart, la femme Châalons appuyait sa demande. C'était, à coup sûr, en réclamer une application extensive, puisque les Réglements ne visaient que le prêt d'argent. Ce qui peut-être décida la Cour, dans cette espèce, fut le rôle du mineur dans la vente : il était vendeur, et cherchait ainsi à se procurer des deniers.

Quoi qu'il en soit, c'est là un arrêt isolé, et en conformité duquel Denisart ne cite aucun autre. La règle est donc bien celle que nous avons indiquée. Et même, si nous arrivons au temps de Domat et de Pothier, nous voyons qu'elle est redevenue tout à fait générale et ne comporte plus même l'exception introduite par les Réglements de 1620 et de 1624. Domat prend justement comme exemple l'hypothèse d'un prêt d'argent. Il suppose un mineur qui, par un faux acte baptismal, « ou par quelque autre voie s'est fait voir majeur » et déclare qu'« il ne pourra être relevé des actes où il aura engagé quelque un par cette surprise. Ainsi, un mineur ayant emprunté de l'argent par une telle voie, quoiqu'il n'en ait pas fait un emploi utile, son obligation ne laissera pas d'avoir le même effet que celle d'un majeur ² ».

1. — Denisart, *Collection de Jurisprudence*, V^o Mineurs, nos 13 et 14.

2. — Domat, *Lois civiles*, I, Livre IV, Titre VI, Sect. II, n^o XI.

Quant à Pothier, il parle dans les termes suivants du dol des mineurs qui se font passer pour majeurs. La simple déclaration de majorité ne fait pas obstacle à la restitution, parce que cela « ouvrirait une voie d'éluder » la restitution en entier. Ceux qui contracteraient avec « des mineurs feraient insérer dans l'acte qu'ils se sont » dits majeurs, et diraient toujours que le mineur les a « trompés, quoique souvent ce serait plutôt un artifice » pratiqué de leur part, que de celle du mineur ; c'est « pourquoi, dans notre jurisprudence, on n'a point » d'égard à la fausse énonciation de majorité pour exlure « les mineurs de la restitution.... Il en serait autrement » si un mineur, pour se faire croire majeur, avait rap- « porté et supposé un faux acte de baptême ; il est évi- » dent qu'alors il serait indigne de la restitution ¹ ». Pothier, on le voit, ne signale à ce point de vue aucune différence entre le prêt et les autres contrats. Et, si l'on reporte à son *Traité du Prêt de consommation* (n° 21), on le voit bien signaler l'existence, en droit romain, du sénatus-consulte Macédonien ; mais rien, dans la jurisprudence de son temps, ne lui rappelle cette disposition des lois romaines.

77. — Un point qui fut toujours certain, c'est que, pour être privé de la restitution, le mineur qui s'était dit majeur devait avoir agi de mauvaise foi. Et cela va de soi, puisque le refus de restitution se présente

1. — Pothier, *Traité de la Procédure civile*, n° 730. — V. aussi : Berthon de Fromental, *Décisions du droit civil, canonique et français*, V° Mineurs.

comme punition du dol, et que le mineur qui se déclare majeur alors qu'il croit sincèrement l'être, ne commet point de dol. L'ignorance de son propre âge peut, à la vérité, être considéré parfois comme une faute ; mais nous savons qu'il ne répond pas de cette espèce de faute, puisqu'il ne répond pas même de son dol négatif, du silence volontaire qu'il aurait malicieusement gardé pour laisser son co-contractant dans l'erreur (v. n° 36). — « En
 « telles rencontres, lisons-nous dans Louët, il faut con-
 « sidérer si le mineur s'est déclaré majeur malicieuse-
 « ment, frauduleusement, et en intention de tromper
 « celui avec lequel il contracte ; auquel cas il n'est point
 « restituable ¹². Donc, en autre cas, il conserve le droit
 à la restitution.

Ce qu'il importe de remarquer ici, c'est qu'il convient de considérer comme faute, et non comme dol, non-seulement le fait du mineur qui se croyait majeur, mais parfois aussi le fait du mineur qui connaissait sa minorité, et néanmoins a fait une déclaration de majorité. Il en sera ainsi quand le mineur aura agi sans malice, par faiblesse ou ignorance, le plus souvent sur les instances d'autrui. C'est ainsi qu'une hypothèse remarquable, relative au contrat de cautionnement, nous est signalée dans Louët et Brodeau : « Pour savoir s'il y a eu dol, et un conseil
 « de fraude, prémédité de la part du mineur, comme la
 « Loi dit que le dol *arguitur ex indicibus*, ou plutôt *ex in-*
 « *sidiis*, je voudrais qu'à l'imitation de ce grand Juge
 « Cassius, que Cicéron appelle *scopulum reorum*, on con-

1. — Louët et Brodeau, *loc. cit.*

« sidérât *cui bono*, le mineur s'est déclaré et affirmé majeur, si le contrat ou l'acte auquel il a fait cette déclaration, est à son profit, s'il en tire de la commodité et de l'émolument, *nemo enim gratuito malus*, comme dit saint Augustin, lib. 2, *Conf.*, c. 5..... Mais quand il ne se rencontre rien de tout cela, quand le mineur ne tire aucun profit du contrat, mais la seule misère de la *fidéjussion*, et de l'obligation en laquelle il est entré *pour autrui*, il ne peut pas tomber dans la pensée, ni dans le sens commun, qu'il se soit déclaré majeur malicieusement, et de mauvaise foi : au contraire, il faut croire que la même facilité qu'il a été induit à s'obliger, il l'a pareillement été à se déclarer majeur¹ ». Et le commentateur cite en ce sens un arrêt du 4 février 1610, donné en faveur d'un mineur qui s'était dit majeur, et s'était obligé pour son père, qui avait profité seul de la somme empruntée.

Il ressort de ce passage de Louët que si, dans le contrat où le mineur s'est déclaré majeur, il n'avait aucun intérêt personnel, comme s'il a cautionné la dette d'autrui, il doit ordinairement conserver le bénéfice de la restitution. C'est là une idée nouvelle et intéressante, mais dont il importe de bien déterminer le motif et, par là même, le sens et la portée. Ce motif, c'est qu'en pareil cas il y a en faveur du mineur une forte présomption de bonne foi ; il y a lieu de croire ou qu'il ignorait sa minorité, ou que, s'il la connaissait, il n'a fait une déclaration de majorité que par faiblesse ou inexpérience, sur

1. — Louët et Brodeau, *loc. cit.*

les instances fallacieuses du débiteur qui tenait à se procurer du crédit, et sans soupçonner peut-être le dommage qu'il risquait ainsi de causer au créancier. En un mot, il y a tout lieu de croire qu'il n'a point agi malicieusement. Mais ce n'est là qu'une présomption et, par là même, la preuve de la mauvaise foi est possible : le mineur n'a-t-il rien reçu pour se prêter à cette manœuvre ? Et même, sans avoir rien reçu, ne peut-il s'y être prêté sciemment et en connaissance de cause ? Si le créancier fournit la preuve de ces faits, le mineur ne sera point restitué.

78. — Telle était la jurisprudence en pays coutumier. — Il paraît qu'en pays de droit écrit la restitution était plus facilement refusée. Nous lisons, en effet, dans Maynard, que, « s'il y a du dol, et pour peu qu'il y ait de « tromperie et de subtilité de la part du mineur, il doit « être débouté, toutefois avec connaissance de cause, de « toute restitution ¹ ». La simple déclaration de majorité devait donc être considérée comme constituant un dol suffisant. Et Maynard ajoute même que, en pareil cas, si, par quelque circonstance du procès, la restitution était pourtant accordée au mineur, il devrait au moins être condamné à restituer les prix, frais et loyaux coûts, sans avoir à examiner s'ils ont tourné à son profit.

79. — Dans tout ce que nous venons de dire, il n'a été jusqu'ici question que du mineur. C'est qu'en effet, nous ne trouvons rien, dans nos anciens auteurs ni dans les

1. — Maynard, *Notables et singulières questions de droit écrit, jugées au Parlement de Toulouse*, livre III, chap. 52, n° 40.

Recueils d'Arrêts, qui prévoie le cas d'autres incapables faisant croire à leur capacité. Nous concluons de ce silence que ces incapables, femmes mariées, fous ou prodigues interdits, étaient responsables de leur dol, non-seulement dans les conditions où les mineurs eux-mêmes l'étaient, ce qui ne peut faire doute, mais encore étaient responsables de leur simple déclaration de célibat, de veuvage, ou de non interdiction. Tel était, à notre sens, le droit romain en cette matière (nos 67-69), et les raisons qui justifiaient à Rome la différence entre le mineur ¹ et les autres incapables sont d'une nature telle qu'elles doivent partout et toujours conserver leur valeur. Ces raisons, d'ailleurs, nos anciens auteurs les reproduisent pour appuyer leur exigence, quant au mineur, d'un dol excédant la simple déclaration mensongère ; d'où il est légitime, sinon nécessaire, de conclure que, là où ces raisons n'existent plus, cette exigence aussi doit cesser. Or, il est certain que l'état de mariage ² ou d'interdiction, ne se révèle pas extérieurement comme l'état de minorité. Bien au contraire, en présence d'une personne majeure, la capacité étant la règle, on a tout lieu de croire à la capacité.

1. — Il faut, on s'en souvient, y ajouter l'impubère et la femme en tutelle, tant que dura la tutelle des femmes ; car l'aspect de la personne a, pour ces incapables, la même valeur, et même une valeur plus grande, que pour le mineur de vingt-cinq ans (n° 67 et 68).

2. — Car, dans notre droit, à la différence du droit romain (du moins jusqu'à une certaine époque), la femme n'est pas incapable en tant que femme, mais seulement en tant que mariée, de sorte que son incapacité ne se révèle plus par l'aspect de la personne.

On pourrait, au premier abord, croire que Pothier décide le contraire en ce qui concerne la femme mariée. Mais sa doctrine n'est en définitive que l'exacte application de notre théorie : « Lorsque la femme, dit-il, a trompé « celui avec qui elle a contracté, en prenant la qualité de « fille majeure, ou de veuve, s'oblige-t-elle, en ce cas, « envers celui avec qui elle a contracté ? Il faut distinguer : Si celui qui a contracté avec cette femme, a pu « s'informer de l'état et de la condition de cette femme, « la femme en ce cas, ne sera pas obligée envers lui ¹ ». Est-ce à dire que la femme ne soit pas tenue de son dol ? Évidemment non. Pothier ne traite là que la question de l'obligation contractuelle ; or, nous avons dit nous-même que l'incapacité contractuelle ne saurait être suppléée par le dol. Le contrat sera donc déclaré nul ² pour incapacité de contracter. Quant au dommage causé par cette nullité, à laquelle le co-contractant ne se serait pas exposé sans le dol de la femme, la femme sera tenue à le réparer, parce qu'alors il ne s'agit plus de capacité contractuelle, mais de responsabilité ³.

La preuve que Pothier ne se place qu'au point de vue de l'obligation contractuelle résulte de la solution qu'il donne au second terme de sa distinction : « Mais,

1. — Pothier, *Tr. de la Puissance du mari*, n° 54.

2. — Nous disons « déclaré nul », et non pas « annulé », parce que, dans notre ancien droit, la nullité résultant du défaut d'autorisation maritale était une nullité absolue (V. Pothier, *op.cit.*, n° 78).

3. — C'est exactement le même résultat que nous avons vu se produire en droit romain en présence du dol de l'impubère (V. n° 74. — V. aussi nos 93 et 94).

« lorsqu'une femme, qui n'était point avec son mari, « dont on ignorait le mariage dans le lieu de sa demeure, et qui passait dans le public pour fille, contracte dans ce lieu, elle s'oblige envers ceux avec qui elle contracte... On peut appliquer à ce cas la loi *Barbarius Philippus*, ff. de Off. Præt.¹ ». Voyez ce qui préoccupe uniquement Pothier : c'est la validité du contrat. Dans l'hypothèse qu'il suppose ici, le contrat vaudra malgré le défaut de l'autorisation maritale. Reste à expliquer ce résultat. Cette explication se trouve, pensons-nous, dans l'espèce même que prévoit Pothier. Il s'agit d'une femme qui passe pour veuve et dont la condition sociale est, en fait, celle d'une veuve ; il importe de ne point lui enlever tout crédit. Peut-être elle-même ne sait-elle pas à quoi s'en tenir sur l'existence de son mari. Déclarer nuls, à la réapparition de son mari, tous les contrats qu'elle a pu faire durant sa longue viduité de fait, serait jeter un trouble considérable dans les affaires. Que tel soit bien le motif de la décision de Pothier, c'est ce qui ressort aisément de cette idée que le co-contractant ne pourra pas, lui non plus se prévaloir de la nullité du contrat, bien

1. — Cette loi *Barbarius Philippus* (L. 3, D. 1, 14) prévoit l'espèce suivante. Un esclave fugitif, du nom de *Barbarius Philippus*, était venu à Rome, où il avait sollicité et obtenu la préture. On ignorait, bien entendu, sa condition d'esclave. Quand cette circonstance fut découverte, on se demanda quelle valeur il convenait d'attacher aux édits et décrets qu'il avait rendus et s'il fallait considérer comme nulles les instances qui avaient eu lieu durant ses fonctions. « *Et verum puto*, répond Ulpien, *nihil eorum reprobari : hoc enim humanius est* »... — Il est singulier de faire intervenir cette loi dans la solution de notre question, malgré l'analogie lointaine.

que pourtant le défaut d'autorisation maritale entraîne nullité absolue. Pothier, sans doute, ne dit pas cela expressément ; mais cela s'impose. La raison du maintien du contrat n'est donc pas dans un dol de la femme.

80. — *Code civil*. — L'article 1307 du Code civil est la reproduction fidèle de notre ancienne jurisprudence. Comme elle, il ne parle que des mineurs ; comme elle aussi, il déclare que « la simple déclaration de majorité, faite par le mineur, ne fait point obstacle à sa restitution ».

La tradition nous enseigne ce qu'il convient d'entendre par ces mots « simple déclaration », et le motif de la disposition de l'article 1307. Les Travaux préparatoires montrent que les rédacteurs n'ont voulu, dans cette disposition, que consacrer la doctrine admise depuis les Romains. « On a voulu proscrire, dit Bigot-Préameneu¹, un moyen souvent employé pour mettre obstacle à la restitution des mineurs ; on leur opposait la déclaration de majorité qu'ils avaient faite dans l'acte. La loi présume que cette déclaration, dont la fausseté pouvait facilement être vérifiée sur les registres des actes de l'état civil, a été demandée par le créancier pour exclure l'action en restitution, et elle ne veut pas qu'une pareille déclaration puisse être opposée. Si néanmoins celui qui veut s'en prévaloir prouvait que le mineur l'a trompé, s'il prouvait, par exemple, que ce mineur a représenté des actes faux, ce ne serait plus cette simple déclaration dont il s'agit dans la loi ».

1. — *Exposé de motifs*, dans Locré, *Législ. civ.*, t. XII, p. 391.

Les déclarations de Jaubert, dans son *Rapport au Tribunalat*¹, sont en parfait accord avec celles de Bigot-Préameneu. Il commence par montrer, sans faire expressément mention de cette maxime, quelle est la portée, en somme assez étroite, de l'idée que Nul n'est censé ignorer la condition de celui avec lequel il contracte. Cela veut dire simplement qu'on n'est pas admis à prétendre qu'on ignorait l'incapacité de son co-contractant. Mais, dès que, de la part de l'incapable, il y a une affirmation de capacité, ce n'est plus d'ignorance qu'il s'agit, mais d'erreur produite par un dol, si l'incapable connaissait son incapacité. Il serait donc juste, semble-t-il, de mettre à la charge de l'incapable les conséquences de ce dol. Toutefois, quand il s'agit du mineur, il a paru au législateur que l'aspect de la personne doit mettre en garde contre la sincérité d'une pareille déclaration et que celui qui s'en contente n'est point en réalité de bonne foi. C'est pourquoi la déclaration de majorité ne suffit point par elle-même à dissiper le soupçon de mauvaise foi du co-contractant. Mais, si l'on est en présence de faits qui permettent de supposer que celui-ci a été réellement trompé, la restitution devra être refusée. « La loi, dit
 « Jaubert, ne protège pas la fraude : la bonne foi du
 « tiers est au contraire l'objet de toute sa sollicitude....
 « Notre projet se bornant à dire que la simple déclaration
 « de majorité faite par le mineur ne fait point obstacle à
 « sa restitution, décide par cela seul qu'il y a obstacle à la
 « restitution, lorsqu'il y a plus que la simple déclaration

1. — Locré, *Législ. civ.*, t. XII, pp. 495 et 496.

« *de majorité*, et laisse aux juges le soin d'appliquer le « principe suivant les circonstances ».

Le fondement de l'article 1307 est donc une présomption de mauvaise foi chez le créancier ; il y a lieu de croire que c'est lui-même qui, le plus souvent, réclamera du mineur la déclaration de majorité. Il semble donc que, s'il peut prouver qu'il n'en est rien, s'il établit qu'il a été réellement trompé et que la déclaration émane de la libre initiative du mineur, celui-ci devrait se voir refuser la restitution. Mais, en présence des termes formels de l'article 1307, il n'est pas permis de tirer cette conséquence du fondement reconnu à sa disposition. L'article 1307 est basé sur une présomption ; mais, par la manière dont il est rédigé, il constitue lui-même une présomption absolue, contre laquelle aucune preuve ne doit être admise (argument, art. 1350, 1^o). Il suit de là qu'en présence d'une simple déclaration de majorité, il n'y aura jamais obstacle à la restitution, sans distinguer si le créancier était de bonne ou de mauvaise foi.

81. — Reste à déterminer exactement ce que, sous l'empire du Code civil, il convient d'entendre par « simple déclaration ». Tout le monde est d'accord qu'un faux extrait des registres de l'état civil constitue plus qu'une simple déclaration, et doit, en conséquence, faire obstacle à la restitution. Comment, d'ailleurs, ne serait-on pas d'accord sur ce point ? N'est-on pas en présence de la manœuvre frauduleuse la plus hardie et la plus repréhensible ? A Rome, la représentation d'un faux extrait des *tabulæ professionum*, dans notre ancienne France la production d'un faux extrait baptismal, ont toujours eu cet

effet. Il ne saurait d'ailleurs plus être aujourd'hui question de distinguer à ce point de vue le prêt d'argent des autres contrats. Déjà, du temps de Pothier, cette distinction n'existait plus, et rien dans le Code civil ne permet de la faire revivre.

Mais faut-il s'en tenir là et déclarer que seul un faux acte de naissance mettra obstacle à la restitution? Certainement non, à notre avis. Le texte de l'article 1307, aussi bien que la tradition, ordonnent d'aller plus loin. Du texte de l'article 1307 il résulte que tout ce qui est plus qu'une simple déclaration s'oppose à la restitution du mineur. L'argument *a contrario* s'impose en effet ici, puisqu'il ramène au droit commun de la responsabilité de chacun à raison de son dol. On ne dira pas que, pour les incapables, le droit commun est au contraire l'irresponsabilité. Nous avons, dans notre *Théorie générale*, suffisamment insisté sur cette idée que l'incapacité contractuelle ne touche en rien la responsabilité, et que, pour les obligations résultant du dol et de la faute, il n'y a qu'une seule capacité, la capacité naturelle. Telle est d'ailleurs si bien l'idée de notre législateur qu'elle seule a pu lui faire sentir le besoin d'écrire l'article 1307 : dans cette disposition, il décharge un incapable de la responsabilité, dans des conditions déterminées ; c'est donc que, dans sa pensée, cet incapable, s'il fut resté soumis au droit commun des incapables, eut répondu même du dol qui résulte d'une simple déclaration fausse. L'article 1307 constitue donc bien une exception, et, comme toute exception, doit être interprété restrictivement.

Que si maintenant on recherche ce qui, en dehors d'un

faux acte de naissance, peut constituer plus qu'une simple déclaration de majorité, nous n'avons qu'à nous reporter au droit romain et à notre ancien droit. Le *mendacium fallace* suffisait à Rome à empêcher la restitution : un effort de l'incapable, une ruse employée pour vaincre les soupçons, excédaient les bornes d'une simple déclaration. Les textes nous ont montré un mineur qui se grime pour se donner une apparence plus âgée, un autre qui a l'habitude de se faire passer pour majeur : dans tous ces cas, il y a refus de restitution, parce qu'il y a effort évident dans le but de tromper, et non plus seulement la *simplex assertio* qui fait présumer le co-contractant de mauvaise foi. Notre ancienne jurisprudence, on s'en souvient, consacra d'une manière générale la doctrine romaine. Un arrêt nous a montré un mineur qui s'était fait peindre avec cette inscription au bas du tableau : *Anno ætatis XXV*, et auquel on dénia la restitution. Dans un autre arrêt, portant même décision, c'est une femme mineure, qui s'est affirmée majeure en présence de son mari, lequel, ne fût-ce que par son silence, approuvait la déclaration. — Il nous semble que, dans ces différentes hypothèses, aujourd'hui encore la restitution doive être refusée.

Mais il y a un cas qui peut soulever plus de difficulté. Nous avons vu qu'en présence d'un mineur qui offrait les apparences de la majorité, notre ancien droit considérait que la fausse déclaration n'était plus une *simplex assertio* ; ou mieux (car la déclaration, prise en soi, restait bien une simple déclaration), nos Parlements considéraient qu'il n'y avait plus simplement déclaration, mais que deux circonstances concouraient, d'une part, la déclaration, et,

d'autre part, l'apparence de majeur. Et alors ils refusaient la restitution. C'était, au fond, une conséquence logique de l'idée qui empêchait qu'on ne se contentât d'une simple déclaration ; dans cette espèce, comme à Rome pour le mineur grimé, l'aspect de l'individu ne peut point mettre en défiance. — Et bien, serait-il permis aujourd'hui encore de dénier la restitution au mineur qui, ayant fait une déclaration de majorité, présente naturellement les apparences d'un majeur ?

La question peut-être n'en serait pas une, si nous n'étions en présence de cette ancienne jurisprudence. L'article 1307, dirait-on, ne distingue pas ; il ne s'attache qu'à la qualité juridique de mineur. Mais la tradition nous fait réfléchir et, en définitive, il est aisé de voir que les termes de l'article 1307 ne s'opposent point autant qu'on pourrait le croire à cette distinction. Nos anciens auteurs, eux aussi, déclaraient que la *simplex assertio* ne suffisait point à empêcher la restitution, et ils n'en décidaient pas moins que, lorsqu'elle coïncidait avec l'apparence physique de la majorité, la restitution devait être refusée. C'est qu'alors, disaient-ils, il n'y a plus simple affirmation, mais « deux qualités qui font présumer la majorité », à savoir l'affirmation et l'aspect physique.

Ainsi compris, l'article 1307 serait la reproduction exacte de notre ancienne jurisprudence et constituerait une théorie parfaitement logique et harmonieuse. Si, comme la tradition ne permet pas d'en douter, l'article 1307 est basé sur cette idée que l'aspect de la personne doit mettre en défiance, dès que cet aspect donne, au contraire, lieu de croire à la majorité, l'article 1307 ne

doit plus recevoir application. Et alors il doit être ainsi paraphrasé : « Lorsqu'il y a simplement une déclaration « de majorité, cela ne fait point obstacle à la restitution ». Ainsi l'on ne nous accusera pas d'introduire dans la loi des restrictions ou distinctions qu'elle ne fait pas. Même au point de vue grammatical, il est exact de dire qu'il n'y a pas simple déclaration, lorsqu'il y a, en plus, apparence physique de majorité.

Mais, bien entendu, c'est là un point de fait soumis à la souveraine appréciation des juges. « Lorsqu'il y a plus « que la simple déclaration de majorité, disait Jaubert, « le projet laisse aux juges le soin d'appliquer le principe « suivant les circonstances ».

Il est également certain qu'il est loisible au mineur de prouver que, malgré son apparence et sa déclaration, le créancier était de mauvaise foi, auquel cas la restitution devra lui être accordée. Il en serait d'ailleurs ainsi, même si le mineur avait produit un faux acte de naissance, que le co-contractant lui aurait demandé pour le faire insérer dans l'acte. L'article 1307 n'a pour effet que de dispenser le mineur de prouver la mauvaise foi du créancier. Quand cet article n'a plus lieu d'être appliqué, on retombe dans le droit commun : le mineur demande la restitution ; le créancier lui oppose son dol, qu'il lui est aisé de prouver ; le mineur réplique en alléguant la mauvaise foi du créancier, ce dont il aura à fournir la preuve ¹.

1. — Si la minorité elle-même est contestée, il va sans dire que c'est au mineur à la prouver.

82. — L'article 1307 ne concerne qu'une classe d'incapables, celle des mineurs. Ce que nous avons dit sur le motif et la nature de cette disposition laisse aisément présumer quelle va être notre solution pour les autres incapables. Chacun est responsable de son dol, telle est la règle. Or, la déclaration de capacité, faite par un incapable dans le but de tromper, est bien certainement un dol. Donc, puisqu'aucun texte ne vient modifier ces principes en ce qui touche les incapables autres que le mineur, ces incapables sont tenus même à raison de leur simple déclaration de capacité. En droit romain, il nous était permis d'étendre à l'impubère et à la femme en tutelle, par un argument *à fortiori*, la règle écrite pour le mineur de vingt-cinq ans. Le motif de cette extension ne peut plus aujourd'hui concerner aucun incapable. A part l'incapacité du mineur, aucune autre ne se révèle par l'aspect de la personne physique. La femme, d'abord, n'est plus incapable en tant que femme, mais seulement en tant que mariée. Quant à l'impubère, il ne se distingue plus aujourd'hui du mineur : sa condition se confond donc avec celle du mineur. Il suit de là que pour tous incapables autres que celui visé par l'article 1307, le droit commun de la responsabilité de chacun à raison de son dol conserve son application : la femme mariée, la femme dotale, l'interdit, les personnes pourvues d'un conseil judiciaire sont responsables de leur simple déclaration de capacité ¹.

1. — En ce sens, Marcadé, I, sous l'art. 223, n° III.

Contrà, Bédarride, *Tr. du Dol*, I, n°s 57-60 ; — Demolombe, IV

Nous objectera-t-on la publicité du mariage et du contrat de mariage, la publicité des jugements portant interdiction ou nomination d'un conseil, publicité qu'on présenterait comme équivalant et remplaçant l'aspect de la personne? A cela il est aisé de répondre par la publicité des registres de l'état civil.

Et voici comment. Le motif traditionnel de l'exigence, en ce qui concerne le mineur, d'un dol qui excède la simple déclaration de majorité, c'est le soupçon que doit faire naître en l'esprit du co-contractant l'apparence de

n° 327 et 328 ; — Larombière, *Oblig.*, V, sous art. 1307, n° 4. — Un arrêt de la Cour de Cass., du 15 nov. 1836 (S. 36, I, 909), et un autre du 29 avril 1862 (S. 62, I, 701), concernent le cas d'une femme mariée qui s'est laissée poursuivre en justice sous son nom de fille, et sans prévenir qu'elle était mariée. La Cour annule la procédure ainsi dirigée contre elle. — Mais la femme s'était contentée de garder le silence sur sa qualité de femme mariée.

Un jugement du Tribunal civil d'Amiens, du 15 février 1873, déclare même responsable de son dol un individu pourvu d'un conseil judiciaire, et qui a simplement dissimulé son incapacité. — C'est aller trop loin. A la vérité, le silence intentionnel sur l'incapacité est bien un dol ; mais ce dol ne doit point suffire à obliger l'incapable, parce qu'il n'a point trompé, le co-contractant s'est trompé lui-même. Et nous savons que la portée de la vieille maxime *Nemo censetur ignorare conditionem ejus cum quo contrahit* est précisément de faire supporter à celui qui se trompe les conséquences de sa libre erreur. Aussi la Cour de Rouen (27 juin 1877, S. 79, II, 229), pour maintenir le jugement, a-t-elle allégué des artifices de la part de l'incapable, un dol dépassant la simple réticence. Mais, en réalité, ce n'était là qu'un prétexte : l'incapable avait bien eu recours à des artifices, mais c'était pour tromper sur le mauvais état de ses affaires, non sur son incapacité. — V. dans le même ordre d'idées, Cass. 27 mars 1865 (S. 65, I, 261) et Cass., 1^{er} août 1860 (S. 60, I, 929).

la jeunesse. Il est bien évident que l'article 1307, en reproduisant sur ce point le droit romain et notre ancien droit, s'est inspiré du même motif que ces législations anciennes. Ce qui le prouve surabondamment, c'est que, à l'exemple de ces législations, le Code civil ne reproduit cette exigence que pour les mineurs. La raison de cette préoccupation unique du mineur doit évidemment être tirée d'une circonstance particulière à cet incapable, et cette circonstance particulière ne saurait être autre que celle qui motiva de tous temps la même disposition, à savoir l'aspect de la personne physique. La publicité des registres de l'état civil n'est donc pas le motif de la disposition de l'article 1307, sans quoi les rédacteurs du Code, s'ils avaient ainsi changé le motif, auraient senti le besoin d'en étendre expressément les conséquences aux autres incapables, puisque, pour eux aussi, il y a, au même titre, publicité de leur état. S'ils ne l'ont point fait, c'est qu'ils se contentaient de reproduire le droit romain et notre droit coutumier.

D'ailleurs, le co-contractant qui a cru à la capacité de la femme, du prodigue ou de l'interdit, sur la déclaration de ceux-ci, est plus excusable encore que celui qui a cru à la majorité d'un mineur, cette croyance fut-elle le résultat de mensonges et de manœuvres adroites. Car tout le monde a un acte de naissance, parce que tout le monde est né un jour, au lieu que toutes les femmes n'ont pas un acte de mariage, ni tout le monde un jugement d'interdiction, parce que toutes les femmes ne sont pas mariées, ni surtout tout le monde n'est pas interdit. Et ne voyez-vous pas, dès lors, que le refus d'une personne

de présenter son acte de naissance ou d'indiquer la commune sur les registres de laquelle il est inscrit, constitue de sa part un acte qui doit mettre au plus haut point son co-contractant en défiance, tandis que rien n'est plus normal que le fait d'une personne qui justifie la non-représentation d'un jugement d'interdiction ou d'un acte de mariage en vous déclarant qu'elle n'est point interdite ou qu'elle n'est point mariée? Je ne puis demander à mon co-contractant un acte constatant l'absence d'interdiction ou de mariage.

Reste à expliquer l'utilité de la publicité. A quoi sert-elle, nous dit-on, sinon à réputer les tiers prévenus des incapacités qui existent? Sous l'empire du Code civil, il y avait une incapacité dont la publicité n'était pas organisée et qui menaçait ainsi gravement les intérêts des tiers : c'est l'incapacité qui résulte pour la femme de l'adoption du régime dotal. Une loi du 10 juillet 1850, insérée au Code (art. 75, 2^e al., et art. 1391, 4^e al.), est venue parer à ce danger, en établissant pour cette incapacité, comme pour les autres, un système de publicité. Pourquoi ces précautions du législateur, s'il ne veut par là prévenir les tiers qu'ils aient à s'informer de la condition de leur co-contractant, sous peine de voir, malgré leur bonne foi, les conséquences normales de l'incapacité se produire à leur encontre?

Rien de plus exact que cette observation. Mais si l'on en tire une objection contre notre théorie, c'est par suite de la confusion si fréquente entre les deux idées pourtant si indépendantes de la capacité contractuelle et de la responsabilité. Oui, la publicité des incapacités a pour but

d'avertir les tiers que s'ils contractent avec un incapable, le maintien du contrat est entièrement subordonné à la volonté de leur co-contractant. Et cela, même s'ils ignorent l'incapacité, même si l'incapable les a trompés par les manœuvres les plus repréhensibles et les plus adroites. Mais est-ce bien là un effet de la publicité ? En aucune façon ; c'est uniquement l'effet de l'incapacité contractuelle et la conséquence de ce que le dol ne saurait supprimer ni suppléer cette incapacité. N'y eût-il pas de publicité, le résultat devrait être le même. Que vient donc faire la publicité ? Simplement fournir aux tiers un moyen de ne se point exposer à pareille situation, en leur permettant de se renseigner sur la condition de leur co-contractant. Elle a, en un mot, un double but : d'abord, rendre moins chimérique et moins dangereuse la maxime que Nul n'est censé ignorer la condition de celui avec qui il contracte¹ ; — ensuite, fournir aux tiers un moyen de ne se point exposer à la nullité des contrats qu'ils forment, cette nullité devant être prononcée, en principe, malgré le dol le plus caractérisé des incapables, et l'obligation de réparer pouvant, d'autre part, n'être qu'un vain mot si l'incapable est insolvable.

Mais tout cela ne touche en rien le point de vue de la responsabilité. L'obligation contractuelle une fois annulée, il y a place à l'obligation délictuelle de réparer le dommage causé par cette annulation, si c'est par dol que l'incapable s'est déclaré capable. Il suffit de bien comprendre que le dol dont il s'agit n'aboutit pas, en règle

1. — Entendue comme nous avons eu soin de le préciser (n° 36).

générale¹, au maintien du contrat, pour apprécier la valeur de notre réponse à une objection dont toute la force repose sur la confusion signalée.

Dira-t-on que cette obligation de réparer, découlant de la responsabilité, ou le maintien du contrat, cela revient à peu près au même ? Cela fut-il vrai, la distinction et ses conséquences n'en seraient pas moins inattaquables en droit. Mais, mieux que cela, l'observation n'est pas juste, comme on en pourra juger dans notre étude des formes de l'obligation de réparer (v. nos 93 et 94).

Que si enfin l'on observe que l'incapacité se trouve être ainsi une occasion d'obligation particulière aux incapables, nous répondrons que nous ne voyons aucun inconvénient à ce qu'un incapable subisse les conséquences de son dol, tout comme un capable, d'autant qu'en cette matière il n'y a point d'incapacité. Parce qu'on a une occasion toute spéciale de tromper, est-ce à dire qu'on soit plus excusable d'en profiter ?

Notre théorie, toutefois, ne présente-t-elle pas le danger de fournir aux tiers de mauvaise foi un moyen d'obliger les incapables en tirant d'eux une déclaration de capacité, que ceux-ci, alors, émettraient par faiblesse ou inexpérience plutôt que par dol ? Ce danger, on va le voir, se ramène en réalité à bien peu de chose. Tout d'abord, le but du co-contractant qui recourrait à ce procédé serait de procurer le maintien du contrat ; c'est de ce contrat qu'il compte tirer profit. Or, dans notre théo-

1. — Car il existe deux exceptions, établies par la loi elle-même (v. nos 95 et 96).

rie, le dol de l'incapable n'empêche pas en principe l'annulation du contrat. Le zèle des usuriers sera donc, par cela seul, beaucoup refroidi. Que si, dès lors, leur ambition se borne à faire naître à leur profit l'obligation de réparer, outre que cette obligation leur procurera un bénéfice bien moindre que le maintien du contrat, l'incapable a toujours la ressource de prouver la mauvaise foi de son co-contractant et de faire tomber ainsi l'obligation de réparer.

Il est un incapable, à la vérité, pour lequel l'obligation de réparer découlant de son dol se traduit dans le maintien du contrat, et cet incapable c'est le mineur (v. n° 95), par conséquent celui précisément dont la déclaration de capacité pourra, étant donnée son inexpérience, être le plus aisément obtenue par un co-contractant de mauvaise foi. Mais il se trouve justement que la simple déclaration de majorité ne suffit pas à entraîner ce résultat (v. n° 95).

Le maintien du contrat est aussi la conséquence du dol de la femme dotale dans le cas spécial prévu par la loi du 10 juillet 1850. Mais justement encore le dol dont il s'agit est un dol répété, commis d'abord, contre le public en général, devant l'officier de l'état civil, puis commis de nouveau contre le co-contractant (v. nos 83 et 96) ¹.

83. — Le cas d'une femme mariée sous le régime dotal

1. — La question de la responsabilité de l'incapable pour le dol qui consiste à tromper sur l'incapacité se présente fréquemment au point de vue du droit international privé. V. n° 97, où nous avons réuni les explications relatives aux conditions de responsabilité et celles qui concernent le résultat ou la sanction de cette responsabilité.

et qui trompe son co-contractant sur la dotalité est celui que les tribunaux ont eu le plus souvent à juger et sur lequel nous avons à revenir spécialement. Il y a bien là, qu'on se le rappelle, dol sur l'incapacité, puisque l'inaliénabilité et l'insaisissabilité dotales se ramènent à une incapacité de la femme relativement aux biens dotaux (n^{os} 28 et 29).

La femme peut d'abord tromper sur la dotalité en trompant sur son état même de femme mariée. Il nous paraît alors incontestable qu'elle répond de son dol même sur ses biens dotaux. On ne peut, en effet, reprocher à la victime du dol de ne s'être pas reportée au contrat de mariage de la femme, puisque celle-ci a fait croire qu'elle n'était point mariée.

La femme peut, en second lieu, tromper exclusivement sur la dotalité, sans cacher son état de femme mariée. Dans ce cas, le co-contractant exigera l'autorisation du mari ; mais il n'en sera pas moins trompé, non plus, il est vrai, sur l'incapacité générale de la femme mariée, mais sur l'incapacité de la femme d'aliéner certains biens ou de les affecter à ses obligations. Ce dol peut se produire de diverses manières, qu'il convient de distinguer, sinon pour donner suivant les cas des solutions différentes, au moins pour se rendre un compte exact des difficultés particulières à chaque espèce.

Supposons d'abord que la femme trompe sur le régime matrimonial auquel elle est soumise. Elle déclare, par exemple, être mariée sous le régime de communauté légale, ou, ce qui est la même chose, n'avoir pas fait de contrat de mariage. Celui avec qui elle veut contracter

a certes un moyen de se mettre à l'abri de toute tromperie : ce moyen lui est fourni par la loi du 20 juillet 1850 (art. 75, 2^e al., et 1391, 4^e al., C. c.). Il n'a qu'à demander à la femme dans quelle commune a été célébré son mariage, et à consulter l'acte de célébration. De deux choses l'une : ou cet acte porte que les époux se sont mariés sans contrat, auquel cas « la femme sera réputée capable de contracter dans les termes du droit commun », ce qui revient à dire qu'elle ne pourra point se prévaloir de la dotalité et que, pourvu que son mari l'ait autorisée, elle sera tenue de remplir son engagement même sur ses biens dotaux ; en d'autres termes, elle portera la peine de son dol répété ¹, et la réparation consistera dans le refus de la nullité relative aux biens dotaux ; — ou l'acte de célébration portera que les époux ont fait un contrat, avec mention de la date de ce contrat, ainsi que du nom et de la résidence du notaire qui l'a reçu, et alors c'est au co-contractant, mis en éveil par la contradiction de la déclaration de la femme et de la mention de l'acte de célébration, à pousser plus loin ses investigations et à consulter le contrat de mariage.

Quelle est, dans cette seconde hypothèse, la conséquence du dol de la femme ? A la différence du cas précédent, la femme n'a menti qu'une fois, à son co-contractant. Est-ce une raison pour qu'elle ne réponde point de ce dol ? Certainement non ; il y a dol, donc responsabilité. Mais alors, va-t-on dire, il n'existera aucune différence entre la

1. — Car elle a fait deux fois une fausse déclaration, d'abord devant le maire, lors de la célébration du mariage ; ensuite devant son co-contractant, lors du contrat.

femme qui a trompé dans l'acte de célébration et celle qui, ayant fait dans cet acte une déclaration sincère, a ainsi fourni par avance aux tiers le moyen de se renseigner ! Si, il y aura une différence. Dans le premier cas, la femme ne pourra point se prévaloir de son incapacité pour faire annuler son obligation contractuelle en tant qu'elle affecte les biens dotaux, car telle est la disposition de la loi de 1850 ; la réparation du dol se ramènera au maintien du contrat. Dans le second cas, puisqu'on ne se trouve plus dans l'espèce prévue par la loi de 1850, le jeu normal de l'incapacité contractuelle et de la responsabilité conduira à la solution suivante : l'obligation contractuelle de la femme ne pourra pas s'exécuter sur les biens dotaux ; elle sera, dans cette mesure, annulée ; mais l'obligation délictuelle résultant du dommage causé par l'annulation de l'obligation contractuelle sera, elle, exécutoire sur les biens dotaux. Or, l'obligation délictuelle sera généralement inférieure à l'obligation contractuelle. — Mais il y a un point qu'il ne faut pas oublier : la responsabilité de la femme suppose la bonne foi du co-contractant. Or, si celui-ci, après avoir entendu la déclaration de la femme qu'elle est mariée sans contrat, ne se fie point pleinement à cette déclaration et se reporte à l'acte de célébration, lequel mentionne qu'il a été fait un contrat, il ne pourra évidemment pas être considéré comme de bonne foi. Le fait de n'avoir pas alors consulté le contrat de mariage est une preuve manifeste de son désir de ne se point éclairer, et ce serait vraiment une indulgence excessive de la loi que de le protéger dans de semblables circonstances.

En résumé, lorsque l'acte de célébration du mariage porte que les époux ont fait un contrat, la déclaration faite par la femme, au moment où elle s'oblige, qu'elle n'est point soumise au régime dotal, n'entraîne responsabilité de sa part que si le co-contractant a sincèrement cru à l'exactitude de cette affirmation et s'en est tenu là. Qu'on ne dise point qu'alors il vaudra mieux pour lui se fier à la déclaration de la femme, plutôt que de soupçonner sa fausseté et se reporter à l'acte de célébration ! La confiance ne dépend point de la volonté : les juges apprécient souverainement cette question de bonne foi, et il va de soi que la moralité du co-contractant jouera un grand rôle dans leur appréciation.

Le dol de la femme dotale peut enfin revêtir une autre forme. Ce n'est plus sur sa condition de femme mariée qu'elle trompe, ni même sur le régime auquel ses biens sont soumis. Non ; elle avoue être mariée sous le régime de la dotalité, mais déclare faussement que tels ou tels de ses biens ne sont point dotaux. Elle trompe ainsi sur son incapacité relativement à ces biens. Il est évident qu'elle répondra, même sur sa dot, du dommage qu'elle aura ainsi causé. Cela est évident, à la condition, bien entendu, de supposer admises nos solutions sur les autres hypothèses de dol ; on ne voit pas, en effet, où trouver une raison de différence. Nous venons de déclarer responsable sur sa dot la femme qui fait croire qu'elle n'est point soumise au régime dotal. Celle-ci, à la vérité, avoue le régime auquel elle est soumise ; mais, de ce que son dol ne porte que sur la condition de certains biens, il n'en faut pas conclure qu'il est moins grave ni que le

tiers est plus imprudent. Bien au contraire : ce dol est beaucoup plus fallacieux et présente beaucoup plus de chances de succès, précisément parce qu'il est mélangé d'une part de vérité. En présence d'une femme qui avoue le régime dotal, son affirmation que tel bien en est exclu a bien plus de chances d'être crue, et le co-contractant songera moins encore à consulter l'acte de célébration et le contrat de mariage que lorsque la femme prétendra s'être mariée sans contrat ¹.

De nombreux arrêts, tant des Cours d'appel que de la Cour de Cassation, présentent l'application de notre théorie.

Le 23 novembre 1852 ², la cour de Cassation, sur le rapport de M. le conseiller Bayle-Mouillard et les remarquables conclusions de M. l'avocat général Rouland, rendit un arrêt, visant deux espèces. Dans la première, c'était une femme qui, de concert avec son mari, avait trompé un prêteur envers lequel elle s'était obligée, en lui donnant hypothèque sur des biens qu'elle avait, en dissimulant des aliénations déjà consommées, présentés comme faisant partie de la société d'acquêts existant entre elle et son mari, tandis qu'acquis en remploi de biens dotaux, ils étaient frappés de dotalité. La Cour suprême déclara cette femme responsable, même sur ses biens dotaux, du préjudice qu'elle avait ainsi causé. — Dans la deuxième espèce, la Cour rendit également responsable sur sa dot la femme dotale qui, au moyen d'une déclaration mensongère, dont

1. — Souvent, d'ailleurs, le contrat ne donnerait pas des renseignements suffisants. V., par exemple, l'espèce de l'arrêt de Cass. du 23 nov. 1852, ci-après.

2. — Sirey, 1852, I, 769.

elle ne pouvait ignorer la fausseté, et en s'associant à la fraude pratiquée par son mari, avait, de concert avec lui, obtenu d'un tiers de bonne foi un prêt qui n'aurait pas eu lieu sans cette fraude. — De cet arrêt, deux idées ressortent : la première, c'est celle de la responsabilité sur la dot pour le dol commis même à l'occasion d'un contrat ; la seconde, c'est que la simple déclaration mensongère suffit à constituer ce dol, si le tiers est de bonne foi.

On pourrait songer à tirer de la date de cet arrêt, postérieur à la loi du 10 juillet 1850 et en même temps assez rapproché de l'époque de la discussion de cette loi, une considération sérieuse en faveur de notre opinion que la simple déclaration mensongère suffit, même depuis la loi de 1850, à entraîner la responsabilité sur les biens dotaux ; mais la bonne foi nous oblige à déclarer que les faits portés devant les tribunaux remontaient à 1846. Hâtons-nous toutefois d'ajouter que la Cour de Cassation a eu, depuis lors, l'occasion de se prononcer à nouveau sur des faits de même nature et a maintenu sa doctrine de 1850 ¹.

Un arrêt de la Cour de Rouen, du 21 mai 1853, nous offre les deux hypothèses les plus notables du dol de la femme dotale : dans la première espèce, la femme présente comme paraphernaux des biens qu'elle savait dotaux ; — dans la seconde, elle déclare faussement être mariée sans contrat, donnant ainsi à entendre que ses biens sont soumis au régime de la communauté : tout

1. — V. notamment l'arrêt de la Cour de Cass. du 4 juillet 1877 (S. 77, I, 455). — Cass., 16 février 1880 (S. 81, I, 351).

cela, pour déterminer un tiers à consentir un prêt à son mari, sur la garantie de la cession de son hypothèque légale. La Cour de Rouen rend cette femme responsable sur sa dot du préjudice qu'elle cause par sa fausse déclaration ¹.

En 1883, les Cours de Lyon et de Limoges ² eurent à se prononcer sur le cas d'une femme dotale qui avait fait une déclaration inexacte relativement à son régime matrimonial et décidèrent que cette femme n'était point tenue néanmoins sur ses biens dotaux du dommage qu'elle avait ainsi causé. Mais sur quels motifs sont fondés ces arrêts ? Sur la bonne foi de la femme. Elle s'est trompée dans l'interprétation de son contrat, ce qui s'explique aisément lorsque, comme dans l'espèce soumise à la Cour de Limoges, au régime dotal est adjointe une société d'acquêts.

84. — Arrivé à ce point, et après avoir constaté l'accord des décisions précitées de la jurisprudence et de notre théorie, dans leurs résultats, nous croyons utile de revenir un instant sur les motifs qui paraissent décider les tribunaux. La plupart des arrêts semblent rattacher aux articles 1382 et 1310 la responsabilité des incapables qui trompent sur leur incapacité; « attendu, y lit-on

1. — Sirey, 56, II, 428. — V. aussi : Montpellier, 2 mai 1854 (S. 54, II, 687).

Contrà, Toulouse, 12 juin 1860 (S. 60, II, 543). La Cour ne se contente pas d'une simple déclaration mensongère.

2. — Lyon, 3 février 1883 (S. 85, II, 154) ; Limoges, 5 décembre 1883 (S. 85, II, 110). V. aussi : Rouen, 28 mars 1881 (S. 82, II, 41). La femme, dans cette espèce, ignorait l'inaliénabilité qui généralement résulte de la dotalité.

généralement, que chacun est responsable de ses délits et quasi-délits »... Et les auteurs eux-mêmes laissent habituellement percer cette idée. Il convient de s'entendre à ce sujet.

Que si l'on veut dire par là que chacun, même l'incapable, répond d'une manière générale de son dol et de sa faute, nous acceptons la formule. Mais si, au contraire, et comme nous le supposons, on entend exprimer ainsi que la responsabilité de l'incapable qui, dans un contrat, trompe sur son incapacité, n'est que l'application de la théorie suivant laquelle les incapables seraient responsables de leur dol et de leur faute en dehors des contrats, alors qu'ils ne le seraient point de leur dol et de leur faute à l'occasion des contrats, nous protestons énergiquement. C'est là un raisonnement doublement inadmissible à nos yeux et qui, au moins à un point de vue, ne peut être admis de personne.

Doublement inadmissible. En ce sens, d'abord, que les incapables répondent du dommage qu'ils causent, aussi bien dans les contrats qu'en dehors des contrats. Mais ce point de vue est propre à ceux qui admettent notre théorie générale.

Inadmissible, en second lieu, en ce sens que, à supposer admise la différence entre le dol et la faute contractuels et le dol et la faute extra-contractuels, ce point de départ devrait précisément conduire au résultat opposé à celui qu'admet la jurisprudence et que nous admettons. Comment, en effet, contester que le dol de l'incapable qui trompe sur son incapacité ne soit un dol contractuel, au sens où l'on prend habituellement ce mot? N'intervient-

il pas entre co-contractants? Serait-il sérieux de prétendre que ce dol n'est point contractuel, parce qu'il se produit à un moment où le contrat n'est pas encore formé? L'unique raison qu'on donne en faveur d'une distinction n'est-elle donc pas que, dans un cas, la victime n'a pas pu se préserver du dommage tandis que, dans l'autre, elle le pouvait, puisque le dommage qu'elle subit suppose un acte de volonté, un consentement de sa part, son concours, en quelque sorte? Or, le dol de l'incapable qui fait croire à sa capacité ne présente-t-il pas ce dernier caractère? C'est donc bien un dol commis à l'occasion d'un contrat, un dol contractuel, au sens où prennent ce mot ceux qui font la distinction. Ou bien alors il faudrait dire qu'il n'y a de dol contractuel que celui qui est commis dans l'exécution du contrat. Mais où puiser dans la loi la base de cette distinction, à laquelle d'ailleurs on ne pourrait s'arrêter; car, dans la formation du contrat, un autre dol est possible que le dol qui consiste à tromper sur l'incapacité. Le dol dont parle l'article 1116 du Code civil ne serait-il donc pas un dol à l'occasion d'un contrat? Personne, pensons-nous, n'oserait soutenir cela¹. Et pourtant, au moment où il se commet, le contrat n'est point encore formé; il l'est si peu, que c'est ce dol même qui détermine le contrat. Il faudrait donc, encore ici, sous-distinguer entre les hypothèses de dol dans la formation du contrat, pour dire qu'il n'y a de dol contrac-

1. — L'article 1116, en effet, ne se trouve-t-il pas dans le titre *Des contrats...* et sous la rubrique: « Des conditions essentielles pour la validité des *conventions* »?

tuel, dans la formation, que celui qui consiste en autre chose que dans le mensonge sur l'incapacité. Mais, une fois lancé dans cette voie des distinctions arbitraires, où s'arrêter ? Le dol qui détermine à contracter est un dol entre co-contractants (art. 1116) : or, le mensonge sur l'incapacité ne sera-t-il pas le plus souvent l'une des causes déterminantes du contrat ?

C'est donc à tort que les tribunaux qualifient délit le dol de l'incapable qui se déclare capable, si par ce mot « délit » ils veulent faire opposition à celui de dol dans les contrats ¹. Il ressort de tout ceci que les tribunaux, voulant atteindre un résultat, se sont trouvés gênés par la distinction communément admise entre le dol contractuel et le dol délictuel, et alors ils ont appelé délictuel un dol qui bien certainement est contractuel. Pour nous, qui ne considérons ces dénominations que comme un moyen de parler plus rapide, sans y attacher aucune importance quant à l'existence de la responsabilité, nous sommes dispensé de recourir à cette sorte d'escamotage. Et ce n'est point affaire de mots ; car la conséquence logique de ce procédé des tribunaux sera de nier la responsabilité toutes les fois qu'ils seront en présence d'un dol ou d'une faute qu'ils ne pourront point ou n'oseront point qualifier délit ou quasi-délit. C'est ce qu'il va être facile de constater par la suite.

1. — Et, en réalité, c'est bien ainsi qu'ils l'entendent, comme on peut le voir dans un arrêt de la Cour de Cassation du 23 novembre 1885, S. 86, I, 1, cité plus loin, où il s'agit d'un dol dans l'exécution du contrat et où il est dit que l'incapable (femme dotable) ne répond point de ce dol sur sa dot, parce qu'il ne constitue pas un délit.

85. — II. — **Dol et faute en général.** — Il ne s'agit plus ici du dol qui consiste à tromper sur l'incapacité; nous avons vu que la responsabilité à raison de ce dol qui se produit dans la formation des contrats n'a jamais fait doute, au moins comme principe, et qu'en ce qui regarde le mineur il a toujours été l'objet d'une attention particulière du législateur ¹. — Le dol et la faute dont nous parlons maintenant sont principalement ceux que les incapables peuvent commettre à l'occasion du contrat une fois formé. Leur co-contractant connaissait l'incapacité, ou du moins, s'il l'ignorait, son erreur n'émanait que de lui-même et l'incapable n'avait rien fait pour le tromper.

Nous avons vu qu'à Rome les incapables étaient, en principe, tenus de leur faute et de leur dol actifs tant dans les contrats qu'en dehors des contrats. En est-il encore de même sous l'empire du Code civil? Et, tout d'abord, que devint, dans notre ancien droit, la règle romaine? Y trouvons-nous le germe de la distinction si généralement reçue aujourd'hui?

86. — *Ancien droit.* — Domat, dans ses *Lois civiles*, nous dit fort nettement que « le mineur qui aura trompé

1. — Le dol consistant à tromper sur l'incapacité n'est pas le seul que les incapables puissent commettre dans la formation du contrat. Ils peuvent également s'y rendre coupables de tout autre dol que les capables eux-mêmes pourraient commettre (art. 1116, C. c.) Mais cela rentre alors dans notre étude du dol en général. Nous n'aurons à le séparer du dol dans l'exécution qu'au point de vue des conséquences de la responsabilité, c'est-à-dire de la forme de la réparation (V. n° 92).

« quelqu'un, ou causé quelque dommage, ne sera pas
 « relevé par sa minorité pour être déchargé de réparer
 « le tort qu'il aura fait. Ainsi, un mineur qui endommage
 « une chose qu'il a empruntée, ou qu'il tient en dépôt,
 « ne sera pas restitué pour être quitte du dommage qu'il
 « aura causé ¹ ».

Berthon de Fromental ne s'explique pas moins clairement : « Les mineurs qui sont en fraude, perdent le privilège de leur âge, et ne sont point restitués. Cette jurisprudence est fondée sur les lois et confirmée par les arrêts ; ainsi, si le mineur commet Stellionat en vendant à deux différentes personnes la même chose, il peut être condamné à des dommages et intérêts ² ». Et Denisart confirme cette décision ³, que Raviot nous montre appliquée, dans une espèce intéressante, par arrêt du Parlement de Dijon, du 5 juillet 1651 ⁴. Le cas de stellionat, comme l'indiquent ces auteurs, n'est ici donné qu'à titre d'exemple et comme conséquence d'une règle générale.

Il nous faut toutefois mettre l'esprit en garde contre un passage de Pothier, relatif à la femme mariée : « Quoique le dol qu'une femme commet en contractant soit une espèce de délit, néanmoins il n'oblige point la femme qui a contracté sans autorisation ⁵ ». On pourrait, à

1. — *Lois civiles*, I, Livre IV, Titre VI, Sect. II, n° XI.

2. — *Décisions du droit civil, canonique et français*, V° Mineurs.

3. — *Collection de jurisprudence*, V° Stellionat, n° 14.

4. — *Arrêts notables du Parlement de Dijon*, tome II, quest. 246, n° 13.

5. — Pothier, *Traité de la Puissance maritale*, n° 53.

première vue, interpréter cette proposition de Pothier en ce sens que la femme mariée ne répond pas de son dol dans les contrats. Mais, avec un peu de réflexion, il est aisé de voir que ce n'est point là ce qu'a voulu dire Pothier. Le sens du passage précité est celui-ci. Le seul fait, pour une femme mariée, de contracter sans l'autorisation de son mari, c'est-à-dire le seul fait de ne point prévenir son co-contractant qu'elle est mariée, constitue bien un dol, une espèce de délit ; mais néanmoins la femme n'est pas tenue à raison de ce dol. Ce n'est pas autre chose, en un mot, que l'application exacte de la maxime : *Nemo ignarus esse debet conditionis ejus cum quo contrahit*. La règle d'équité qui voudrait que tout dol fut poursuivi est limitée, en ce qui concerne les incapables, par cette autre règle qui remonte au droit romain et qui a pour but de rendre plus efficace la protection des incapables. Si la femme avait agi pour tromper son co-contractant sur sa capacité, elle eût été tenue de ce dol, parce qu'alors l'erreur du co-contractant n'eût point émané de lui seul, la femme aurait agi pour le tromper. Que tel soit bien le sens du passage de Pothier, c'est ce qu'il sera maintenant aisé de constater en le relisant à nouveau : « Quoique le dol qu'une femme commet *en contractant...* ». En somme, il n'y a rien là de spécial à la femme mariée.

On rencontre encore, dans l'ancien *Journal du Palais*¹,

1. — *Journal du Palais*, page 159 (édit. 1755) : *Si un Écolier mineur ayant abusé d'un dépôt, peut être déchargé non-seulement de la condamnation par corps, mais même de la civile.* — Le point de vue de la contrainte par corps ne nous préoccupe pas ici : elle fut

un arrêt du Parlement de Rouen, rendu le 28 janvier 1672, qui pourrait prêter à équivoque, faute d'en saisir le motif exact. Un greffier de Coutances envoie à un étudiant de Paris, mineur, et qu'il sait mineur, une somme d'argent, pour qu'il la remette à une tierce personne. Mais, l'étudiant la dissipe. Le greffier réclame la restitution des deniers, et un jugement fait droit à sa réclamation. Mais, sur appel de l'écolier, le jugement est mis à néant et l'étudiant déchargé de la restitution des deniers.

On pourrait être tenté de tirer de cet arrêt un argument pour prétendre que notre droit coutumier repoussait la responsabilité des mineurs à raison de leur dol et de leur faute dans l'exécution des contrats. Ce serait pourtant une erreur, et la décision de l'arrêt n'est que l'exacte application des principes que nous avons posés. Ce n'est point en vertu du contrat que l'écolier pouvait être tenu de restituer, puisque ce contrat était nul pour incapacité. Reste l'idée de dol ou de faute. L'avocat du déposant allègue le dol du dépositaire, et c'est probablement en entrant dans ces vues que fut rendu le jugement condamnant le mineur à la restitution des deniers ¹. En

d'ailleurs rejetée, mais pour des raisons étrangères à la qualité de mineur, par le jugement de première instance, qui avait admis la condamnation civile. Remarquons, en passant, que le contrat dont il s'agit pourrait aussi bien être considéré comme un mandat.

1. — L'avocat cite en effet à l'appui de sa cause un texte romain que nous avons analysé déjà : «... *ut puta dolo aliquid minor fecit* » *in re deposita... vel alias in contractu, an ei subvenietur? et placeat in delictis minoribus non subveniri. Nec hic itaque subvenietur* ». — (L. 9, p. 2, *de minorib.*, D.).

appel, c'est une autre idée qui prévaut, comme il ressort des motifs dont on appuie l'arrêt. L'avocat de l'écolier fait prévaloir l'idée de faute, d'étourderie, de légèreté. Il plaide la faiblesse de l'âge et la condition d'écolier; son client a dépensé la somme pour ses plaisirs, entraîné par leur facilité même, et sans songer aucunement à nuire au déposant. Ce qui a dominé en lui, ce n'est point tant l'idée de profiter de la somme qui se trouvait entre ses mains que la passion du plaisir, si commune à cet âge qu'elle est une des principales raisons qui font reculer jusqu'à vingt-cinq ans l'époque de la capacité. En somme, il n'y a que faute de sa part. Cette faute est une faute purement contractuelle : le contrat seul pouvait faire naître à sa charge l'obligation de garder la chose. Or, ce contrat est annulé pour incapacité : aucune obligation n'a donc pu en naître. Sans cela, il faudrait reconnaître qu'en fait le mineur est comme capable de contracter un dépôt, puisqu'en pareille hypothèse on pourrait toujours alléguer au moins sa faute. En un mot, si, dans l'espèce, l'incapacité n'avait cet effet de dispenser de la restitution des deniers dissipés par légèreté, elle n'aurait aucun effet.

En résumé, nous nous croyons autorisé à dire que la règle romaine de la responsabilité des incapables même dans les contrats fût reçue et appliquée dans notre ancien droit et vécut ainsi au moins jusqu'à la rédaction du Code civil.

87. — *Code civil.* — Est-ce donc dans le Code que nous trouverons établie pour la première fois la distinction, quant à l'existence de la responsabilité, entre le dol

et la faute dans les contrats et le dol et la faute en dehors des contrats ?

Il est parlé en deux endroits différents du Code du dommage causé par dol ou par faute (art. 1150 et 1151 ; art. 1382 et 1383), et l'on ne peut nier qu'il s'agisse, dans un cas, du dol ou de la faute commis à l'occasion d'un contrat et, dans l'autre, du dol et de la faute commis en dehors des contrats. Pourquoi le Code a-t-il ainsi traité distinctement de ces deux hypothèses de dommage ? Il nous suffit de lire les articles précités pour en être pleinement éclairé. Lorsque le dommage est causé à l'occasion d'un contrat, le législateur trace les limites dans lesquelles le juge devra apprécier le dommage dont il est dû réparation. On conçoit, en effet, qu'en présence d'un dol ou d'une faute, le dommage que subit la victime soit plus ou moins direct, plus ou moins éloigné, plus ou moins facile à prévoir. Or, est-il équitable que celui qui n'est qu'en faute soit tenu aussi sévèrement que l'auteur d'un dol ? Évidemment non. Est-il juste, d'autre part, que même l'auteur d'un dol soit tenu du dommage le plus indirect et le plus éloigné dont sa mauvaise action a pu être l'occasion. Rigoureusement, il faudrait dire oui. Mais une puissante considération pratique en empêche : c'est que, une fois sorti des conséquences immédiates et directes du dol, on entre dans la région incertaine des probabilités, et il devient très difficile de discerner si le dol est bien l'unique cause de ce dommage éloigné. En conséquence, le Code civil a décidé : 1° que jamais les dommages-intérêts ne seraient dus que pour ce qui est une suite immédiate et directe de la faute et du dol ; 2° que, dans cette limite,

celui qui n'est coupable que de faute ne serait tenu que du dommage qu'on a prévu ou qu'on aurait pu prévoir lors du contrat ; 3° que l'auteur d'un dol serait obligé à tout le dommage qui en est une suite immédiate et directe, même si on n'a pas pu le prévoir (art. 1150 et 1151). Voilà les règles de responsabilité que le Code a posées en cas de dol ou de faute commis à l'occasion de contrats.

Si maintenant l'on se reporte aux articles 1382 et 1383, concernant le dol et la faute extra-contractuels, on ne rencontre plus cette réglementation minutieuse de la responsabilité suivant le degré de culpabilité : chacun doit réparer le dommage qu'il cause par sa faute. A plus forte raison doit-il en être de même du dommage causé par dol. Mais comment apprécier ce dommage ? La loi n'en dit rien. Faut-il introduire ici la distinction des articles 1150 et 1151 ? On pourrait y songer d'abord. Mais il y faut renoncer ; car le fondement de cette distinction réside dans le contrat : or, ici, nous n'avons plus de contrat. La distinction entre le dol et la faute est, disons-nous, motivée par l'existence d'un contrat. En effet, le principe de droit naturel est qu'on doit réparer tout le dommage qu'on cause. Que si, lorsque ce dommage n'est causé que par faute, on restreint l'obligation de réparer au dommage qui a pu être prévu lors du contrat, c'est que la loi suppose que les parties, dans la prévoyance de l'inexécution de l'obligation, ont tacitement réglé les dommages-intérêts dont le débiteur sera responsable, ce qui exclut naturellement ceux qu'elles n'ont pas pu prévoir. Or, cette convention tacite ne se conçoit plus en matière de faute extra-contractuelle. Quant au dol, il ne doit jamais entrer dans les pré-

visions des parties. La réglementation des articles 1150 et 1151 est donc inapplicable en matière de dol et de faute extracontractuels. Toutefois, l'auteur d'un dol ou d'une faute de cette nature ne sera jamais tenu, lui aussi, que du dommage qui est une suite immédiate et directe de son dol ou de sa faute ¹ ; car la disposition finale de l'article 1151 n'est point motivée par l'existence d'un contrat.

Quoi qu'il en soit de cette différence de réglementation de la responsabilité, sur laquelle peut-être nous nous sommes déjà trop étendu, un fait paraît certain, c'est cette différence même, quelle qu'en soit la portée ².

1. — Cette idée, toutefois, est contestée. Mais peu importe au point de vue qui nous occupe. — Arg. art. 1645. comb. avec 1151.

2. — Remarquons, toutefois, que cette différence, qui paraît bien résulter des textes du Code civil, ne s'impose nullement en raison. C'est ainsi que, dans le *Projet de Code civil allemand* actuellement en élaboration, elle est totalement supprimée. « Le projet étudie l'obligation d'indemnité en elle-même, indépendamment de la cause « qui lui a donné naissance, qu'il s'agisse de faute contractuelle « ou de délit : il en résulte que, lorsqu'il s'agit d'indemnité à payer, « le projet ne fait allusion qu'au dommage causé et non au fait d'où « le dommage dérive : quel que soit le fait d'où émane le préjudice, « la réparation doit être la même ; le principe est celui de la réparation intégrale. Le projet pose donc les bases du calcul de l'indemnité d'une façon tout à fait générale, et sans distinguer « entre ce que nous appelons la faute contractuelle et la faute délictuelle, sans s'attacher, par conséquent, au plus ou moins de gravité de la faute, sans même distinguer, comme le fait le Code civil, entre les dommages prévus et ceux qui ne pouvaient pas « l'être ; enfin, sans même faire allusion aux dommages directs et « indirects ». *Étude sur la Théorie générale des obligations d'après le projet de code civil allemand*, par M. Saleilles, professeur agrégé à

Et bien, c'est de cette différence limitée qu'on a voulu conclure à une différence plus étendue entre nos deux cas de responsabilité¹. « Nous sommes autorisé, dit « M. Labbé, à dégager de ces dispositions spéciales à « l'estimation de l'indemnité encourue cette idée générale : le dol du débiteur contractuel ne transforme pas « la nature de sa dette, et ne le précipite pas des règles « modérées des contrats sous les règles plus sévères des « délits¹ ». — Nous ne pouvons nous rallier à cette manière de voir. Oui, il y a une réglementation particulière au dol et à la faute commis dans les contrats, mais cette réglementation ne touche absolument en rien à l'existence même de la responsabilité. Le dol et la faute entre co-contractants donnent lieu à une appréciation du dommage, différente de celle qui est permise en matière de dol et de faute extra-contractuels. Nous en convenons, nous sommes le premier à le proclamer. Mais nous n'apercevons pas en quoi cela peut gêner notre théorie : s'il y a une réglementation différente à ce point de vue, et bien cette différence continuera d'exister lorsque l'auteur du dol ou de la faute sera un incapable, comme lorsque c'est un capable. En d'autres termes, cette différence entre les deux hypothèses de dommage tient uniquement à la différence des circonstances dans lesquelles il s'est produit, et nul-

la Faculté de droit de Dijon, — dans le *Bulletin de la Société de Législation comparée*, février 1889, p. 175.

1. — C'est l'un des principaux arguments de M. le conseiller Demangeat, dans son rapport sur la dernière espèce qui a donné lieu à un arrêt de la Cour de Cassation, 23 novembre 1885. M. Labbé, dans une note sous cet arrêt, reprend et développe cet argument (S.86,I,1).

lement à la qualité des parties. Règles modérées des contrats, règles plus sévères des délits : cela est vrai à certains égards¹ ; mais la seule conséquence, à notre point de vue, c'est que l'incapable, comme le capable, sera tenu moins sévèrement, son obligation de réparer sera moins étendue en matière de contrats qu'en dehors des contrats. D'une différence dans l'évaluation conclure à une différence dans l'existence même de la responsabilité, il nous semble que c'est la seule nécessité d'appuyer, de près ou de loin, sur des textes la solution qu'on désire faire prévaloir, qui peut conduire à une pareille hardiesse d'interprétation².

88. — La vérité est qu'on manque de textes pour soutenir cette prétendue distinction, quant à l'existence de la responsabilité chez les incapables, entre le dol et la faute dans les contrats et le dol et la faute en dehors des contrats. On a cependant encore fait intervenir dans cette discussion l'article 1310³. Le mineur, dit cet article, n'est point restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit. Or, qu'est-ce que le Code entend par ces expressions « délit et quasi-délit » ? Le dol et la faute en dehors des contrats, comme l'indique la rubrique du cha-

1. — A d'autres égards, au contraire, les règles des contrats sont plus sévères que celles des délits. Voir, par exemple, articles 1205 et 1302, C. c.

2. — D'ailleurs, si l'on admet, comme nous croyons qu'on doit le faire, que, même en dehors des contrats, on n'est jamais tenu au-delà du dommage qui est une suite immédiate et directe du dol ou de la faute, la différence d'estimation n'existe point entre le *dol* dans les contrats et le *dol* en dehors des contrats.

3. — MM. Demangeat et Labbé, *loc. cit.*

pitre II : *Des délits et des quasi-délits*, combinée avec celle du titre lui-même : *Des Engagements qui se forment sans convention*. L'article 1310 revient donc à ceci : le mineur n'est point restituable contre les obligations résultant de son dol ou de sa faute en dehors des contrats. D'où l'on conclut, par argument à *contrario*, que le mineur est restituable contre son dol et sa faute dans les contrats.

Rien pourtant n'est moins décisif que cette argumentation, séduisante peut-être à première vue. C'est une règle d'interprétation que l'argument à *contrario* n'est bon que s'il ramène au droit commun. Or, on s'en sert ici dans le but précisément contraire. Le droit commun n'est-il point la capacité et, à notre point de vue, la responsabilité ? Et c'est d'une disposition qui ne fait que le consacrer expressément et inutilement ¹, qu'on veut conclure à une dérogation à ce droit commun !

Cela ne serait point permis, même si la terminologie en cette matière était bien précise et certaine, et qu'on pût ainsi prétendre que, par délit et quasi-délit, l'article 1310 entend uniquement et strictement le dol et la faute en dehors des contrats. Mais on n'a pas même cette ressource. Qu'on se rappelle, en effet, le langage des jurisconsultes romains et de nos auteurs coutumiers. Les incapables, disent-ils, répondent de leur dol et de leur faute dans les contrats de dépôt, de commodat... *vel alias in contractu, quia in delictis ætate neminem excu-*

1. — Inutilement, puisque les incapacités ne sont établies qu'en ce qui concerne les contrats (art. 1124) : « Les incapables de *contracter* sont »...

sari constat. Par délit ils entendaient le dol et la faute quelconques, aussi bien dans les contrats qu'en dehors des contrats¹. Le Code civil a-t-il précisé et fixé la langue juridique en cette matière? Ce serait se montrer bien peu exigeant que de le prétendre. En admettant même que notre législateur ait réservé les expressions délit et quasi-délit pour le dol et la faute extra-contractuels, on sait les discussions qui s'élèvent sur le point de savoir ce qu'il considère comme délit et ce qu'il considère comme quasi-délit. Mais il y a plus : on ne peut affirmer que par délit et quasi-délit il entende bien strictement le dol et la faute en dehors des contrats. L'article 1310, en effet, ne se trouve-t-il point dans une section qui porte pour rubrique : « De l'action en nullité ou en rescision des *Conventions* »? Dès lors, n'est-il point permis de supposer que cet article embrasse le dol et la faute, c'est-à-dire le délit et le quasi-délit, commis à l'occasion de contrats? Une disposition qui le précède, l'article 1307, ne vise-t-elle pas expressément un délit de cette espèce, un dol dans les contrats, le dol du mineur qui fait croire à sa majorité?

Sans doute, le chapitre *Des délits et des quasi-délits* est placé sous la rubrique générale du Titre *Des Engagements qui se forment sans convention*, d'où l'on serait tenté de conclure que le Code civil appelle exclusivement délit et quasi-délit le dol et la faute qui se produisent en dehors des con-

1. — L'article 1310 est la reproduction quasi-littérale de la règle romaine, tant répétée par nos anciens auteurs : *In delictis neminem ætas excusat*, règle qu'on invoquait aussi bien pour le dol et la faute à l'occasion des contrats que pour le dol et la faute en dehors des contrats (V. n° 58).

ventions. Mais ce serait là ne voir que superficiellement les choses. *Des Engagements qui se forment sans convention* est une formule destinée à faire opposition à celle-ci : « Des Engagements qui se forment par convention ». Or, si vous vous placez en présence d'un dol ou d'une faute commis à l'occasion d'un contrat, direz-vous que l'obligation de réparer le dommage ainsi causé résulte de la convention ? Supposez que le débiteur ait détruit par dol ou faute l'objet de sa dette. Son obligation aux dommages-intérêts est-elle une obligation conventionnelle ? Non, il nous semble ; car l'obligation conventionnelle est éteinte par la perte de l'objet, et justement si le débiteur est tenu de dommages-intérêts, c'est parce que l'obligation contractuelle est éteinte *par son dol ou sa faute*. Que reste-t-il donc comme principe d'obligation, sinon uniquement ce dol ou cette faute ¹. ? Nous sommes donc en présence d'un engagement qui ne s'est point formé par convention et qui est ainsi compris dans la rubrique qu'on nous opposait d'abord. Dès lors, il est aisé de voir que l'article 1310 peut aussi bien comprendre le dol et la faute dans les contrats que le dol et la faute en dehors des contrats, comme nous le faisait supposer l'ordre d'idées de la section au milieu de laquelle on l'a placé. Qu'on appelle, pour la brièveté de l'expression, du nom de délit et quasi-délit, plus spécialement le dol et la faute extra-contractuels, nous l'admettons volontiers. Mais que de ces expressions on pré-

1. — Nous parlons, bien entendu, de la faute active. La faute négative, nous le savons, est la faute vraiment et purement contractuelle, dont l'incapable ne répond pas en principe, parce qu'il n'a pu valablement assumer d'obligations contractuelles.

tende tirer des conséquences au point de vue si considérable de l'existence de la responsabilité, c'est ce que nous ne pouvons accepter en présence du langage des jurisconsultes romains et de nos auteurs coutumiers, et en présence aussi de la terminologie si peu précise du Code civil.

En un mot, et pour nous résumer, l'argument à *contrario* tiré de l'article 1310, outre qu'il présente ce grave défaut d'éloigner du droit commun, suppose incontestable cette idée que, par les expressions délit et quasi-délit, l'article exclue absolument le dol et la faute commis à l'occasion des contrats. Or, nous venons de voir combien cette idée est contestable.

89. — Il est enfin un autre texte, que nous avons déjà analysé en lui-même (n° 80), et dont on a voulu déduire le principe de l'irresponsabilité des incapables quant à leur dol et à leur faute dans les contrats. Ce texte, c'est l'article 1307.

L'article 1307, dit-on ¹, dispose que « la simple déclaration de majorité, faite par le mineur, ne fait point obstacle à sa restitution ». Par argument à *contrario* (argument dont la légitimité ne saurait être ici contestée, puisqu'il ramène au droit commun), quand la déclaration n'est pas simple, mais est, par exemple, accompagnée de manœuvres frauduleuses, elle fait obstacle à la restitution. — Jusqu'ici, rien à redire au raisonnement. Mais voici où il devient téméraire et, selon nous, tout à fait inadmissible. De la solution obtenue par le premier à *con-*

1. — M. Labbé, dans Sirey, 1886, I, 1, note sous arrêt de la Cour de Cassation.

trario, on tire un nouvel *à contrario*, destiné, cette fois, à nous rejeter en dehors du droit commun ; et on le présente sous la forme suivante. Le mineur n'est pas, en principe, restituable contre le dol qui consiste à tromper sur sa minorité ; donc, *à contrario*, il est restituable contre tout autre dol, et notamment contre celui qu'il commet dans l'exécution du contrat. Si le législateur a senti le besoin de déclarer le mineur responsable de tel fait de dol relatif au contrat, c'est qu'à ses yeux la règle est l'irresponsabilité de cet incapable pour son dol dans les contrats.

Tel est l'argument. Il est plus aisé encore d'y répondre qu'à celui tiré de l'article 1310. Est-il besoin d'abord de prévenir de la haute suspicion en laquelle on doit tenir un argument *à contrario* tiré d'une solution obtenue par un premier argument de même nature ? N'avons-nous pas, en second lieu, remarqué que ce raisonnement aboutit à déroger au droit commun de la responsabilité ?

Mais prenons à présent le raisonnement en lui-même, et voyons s'il est impeccable dans sa marche. Si le législateur, dit-on, a jugé utile de prononcer la responsabilité du mineur lorsque son dol consiste à tromper, dans des conditions déterminées, sur sa minorité... Mais où prend-on que le législateur a ainsi disposé. Il nous semble, au contraire, qu'il s'est servi du procédé tout à fait inverse : l'article 1307, loin de déclarer un cas de responsabilité pour dol contractuel, déclare justement une irresponsabilité. Et c'est à nous maintenant d'appliquer à ce point de départ, à coup sûr exact, le raisonnement de nos adversaires pour le retourner contre eux. Si, dirons-nous,

le Code a cru bon de déclarer le mineur restituable malgré tel fait de dol, c'est qu'il craignait que la règle de la responsabilité ne lui fit dénier la restitution même pour ce fait de dol peu grave. C'est donc qu'à ses yeux le principe est la responsabilité de chacun, des incapables comme des capables, à raison du dommage causé par dol ou faute; c'est donc, en un mot, que parmi tous les faits de dol, il n'y en a qu'un seul qui ne fasse point obstacle à la restitution du mineur¹; et ce dol est celui qu'il commet, dans la formation du contrat, lorsque, voulant tromper sur sa minorité, il se borne à une simple déclaration de majorité. Il suit de là que tout autre fait de dol, tant dans la formation que dans l'exécution du contrat, entraîne responsabilité des incapables, en un mot, que les règles de la responsabilité s'appliquent aux incapables comme aux capables, et qu'ils répondent, en principe, de leur dol et de leur faute à l'occasion des contrats.

1. — Et cela même, à la rigueur, ne voudrait pas dire qu'il ne répondit point de ce dol. La restitution ne lui sera pas refusée, c'est-à-dire que le contrat sera rescindé, voilà tout ce qui résulte de l'article 1307. Reste à savoir si le mineur n'est point tenu de dommages-intérêts pour le dommage causé par cette restitution. Or, si nous trouvons un texte qui s'oppose à ce que l'obligation de réparer aboutisse au maintien du contrat, nous n'en voyons aucun qui supprime cette obligation en elle-même. — Nous croyons toutefois qu'il n'est pas même tenu de dommages-intérêts, parce que, la disposition de l'article 1307 étant fondée sur une présomption de mauvaise foi chez le co-contractant (n° 87), pour prétendre droit à réparation ce co-contractant devrait établir sa bonne foi, ce qui serait prouver contre une présomption de la loi. — Ce refus de réparation n'a d'ailleurs rien qui doive étonner, puisque l'idée du législateur est que l'aspect de la personne du mineur a dû mettre l'autre partie en défiance.

Ainsi, l'article 1307, dont on prétend se servir contre nous, est au contraire, sainement interprété, un des arguments de texte les plus puissants en faveur de notre théorie.

90. — Notre conclusion est donc que, au point de vue de l'existence de la responsabilité dans la personne des incapables, il n'y a point, en principe, de distinction à faire entre leur dol et leur faute dans les contrats, et leur dol et leur faute en dehors des contrats.

Telle n'est point cependant, nous l'avons dit, l'opinion générale. Toutefois, ceux-là même qui proclament l'irresponsabilité des incapables pour leur dol et leur faute à l'occasion des contrats font généralement exception à leur règle pour le cas où le dol ou la faute qu'ils commettent dans l'exécution du contrat constitue un fait prévu et puni par la loi pénale¹. Un locataire incendie volontairement la chose louée ; un dépositaire, un mandataire, disposent de la chose à eux remise et commettent un abus de confiance (art. 408, C. pénal) ; un médecin maladroit ou imprudent cause involontairement la mort de son malade ; par maladresse, imprudence ou inattention, un voiturier occasionne la mort d'un voyageur ou lui cause des

1. — M. Labbé, dans Sirey, 1886, I, 4, note. — M. Demangeat, dans son Rapport sur l'espèce soumise à la Cour de Cassation et qui a donné lieu à l'arrêt du 23 novembre 1885 (Sirey, *loc. cit.*). — M. Larombière (*Oblig.*, sous art. 1310) indique moins formellement qu'il restreint la responsabilité civile des incapables, en matière de contrats, aux faits de dol et de faute qualifiés délits par la loi pénale. Mais il semble bien que ce soit là, en définitive, la pensée de l'auteur ; car il suppose toujours, dans les exemples qu'il donne, des faits de dol ou de faute qui constituent un délit pénal.

blessures. Voilà des faits de dol ou de faute commis dans l'exécution de contrats, et qui constituent cependant des crimes ou délits qualifiés par la loi pénale. Dans ces cas divers et autres semblables, on n'hésite pas à reconnaître à la charge des incapables l'obligation civile de réparer le dommage causé. Il ne s'agit pas seulement de la condamnation à une amende ou aux dépens de l'instance, mais aussi des dommages et intérêts réclamés par la partie civile, et même des dommages et intérêts réclamés devant la juridiction civile, en l'absence de toute action devant le tribunal de répression.

Ce n'est point nous qui critiquerons cette solution, à laquelle nous conduisent nos principes mêmes. Ce que nous voulons critiquer, c'est la limitation de la responsabilité civile des incapables aux faits de dol et de faute prévus par la loi pénale. Quelles sont donc les raisons sur lesquelles on s'appuie pour établir cette distinction? Ces raisons ne conduiraient-elles pas, par hasard, à notre doctrine de la responsabilité générale des incapables?

La question se ramène à savoir si la qualification de crime ou de délit, donnée par la loi pénale à un fait de dol ou de faute, peut modifier la nature de l'obligation civile de réparer. Ce qui empêche nos adversaires d'admettre la responsabilité générale des incapables, c'est qu'à leurs yeux l'obligation de réparer, lorsqu'il s'agit d'un dol ou d'une faute dans l'exécution d'un contrat, cesse d'être délictuelle pour devenir contractuelle. Est-ce donc alors que cette obligation reste délictuelle, lorsque ce dol ou cette faute sont punis par la loi pénale? Telle

paraît être l'idée de M. Demangeat. « La partie lésée, « déclare-t-il ¹, aura une action en dommages-intérêts, « qu'elle fondera, à son choix, soit sur l'inexécution des « engagements conventionnels, d'après les articles 1146 « et suiv., soit sur l'existence d'un préjudice causé par un « délit ou un quasi-délit, d'après les articles 1382 et 1383 ».

Voilà l'explication donnée. Mais il lui manque, pour nous satisfaire, une chose essentielle, c'est sa justification. Il est aisé de dire que la qualification d'un fait par la loi pénale maintient à l'obligation civile de réparer le caractère délictuel qu'elle aurait perdu sans cette qualification. Mais ce dire lui-même est moins aisé à justifier. Analysons minutieusement la situation.

Est-ce la punissabilité du fait qui produit ce résultat ? Non, puisque l'obligation civile pèsera sur l'incapable, même s'il n'a point été poursuivi devant le tribunal de répression, par conséquent même dans ce cas où l'on ne peut dire rigoureusement que le fait est punissable, puisqu'il n'a pas été déclaré tel par les tribunaux.

Aussi M. Labbé ne s'arrête-t-il point à cette idée : « Nous nous attachons, dit-il, non à la punissabilité du « fait, mais à la circonstance que le fait est distinct du « contrat et constitue en soi un délit ». Nous avons ne pas bien comprendre en quoi diffèrent ces deux idées, d'une part, punissabilité, d'autre part, délit au sens pénal du mot. Il nous semble que tout délit, en ce sens, est un fait punissable et que tout fait punissable est en soi un

1. — ..., citant ici M. Larombière (*Oblig.*, sous art. 1382 et 1383 n° 9).

délit¹, de telle sorte qu'expliquer l'effet dont nous recherchons la cause mystérieuse par la punissabilité ou par l'idée de délit pénal, nous paraît être une seule et même explication. Que si toutefois il existait réellement une différence dont nous ne nous rendions pas compte, il nous est facile de repousser tant l'idée de délit en soi que l'idée de punissabilité. L'article 1310 C. c. déclare les incapables civilement responsables de leurs délits et quasi-délits. Or, personne ne prétendra qu'il ne s'agit là que des faits punissables ou des délits au sens pénal. C'est donc que ni la punissabilité, ni la qualification de délit ne sont la cause de la responsabilité civile des incapables².

M. Labbé complète son idée en disant qu'il s'attache à la circonstance que *le fait est distinct du contrat*. Tel est bien aussi notre avis. Mais nous ne voyons pas que cette circonstance soit spéciale au cas où le dol et la faute sont qualifiés délit pénal, sans quoi l'on retombe dans l'idée que nous venons de combattre, à savoir que la punissabilité ou la qualification du fait influerait sur le fond des choses au point de vue civil et, dans l'espèce, séparerait deux choses qui sans cela se confondraient.

La vérité est que le dol et la faute actifs sont par eux-

1. — Comme la punissabilité, la qualité de délit n'existe légalement que lorsque les tribunaux de répression ont ainsi qualifié le fait.

2. — Sans doute, nos adversaires affirment que l'article 1310 ne concerne que le dol et la faute en dehors des contrats. Mais qu'importe au point de vue qui nous occupe en ce moment? Même en admettant cette doctrine, l'argument que nous tirons ici de l'article 1310 conserve toute sa force.

mêmes et toujours distincts du contrat ¹. De là la responsabilité civile des incapables. Parfois, le fait de dol ou de faute présente une gravité particulière et va jusqu'à intéresser l'ordre public : alors la loi pénale vient s'ajouter à la loi civile pour frapper d'une peine celui qui s'en est rendu coupable. Voilà tout. La circonstance que le fait est distinct du contrat n'est donc pas spéciale au fait qualifié délit. Cette qualification est tout à fait étrangère à la séparation du fait et du contrat : elle n'en est ni la cause, ni l'effet. Si donc, comme semble le dire M. Labbé, et comme nous le pensons aussi, la cause de la responsabilité civile des incapables, quant aux faits qualifiés délits, réside dans cette circonstance que le fait est distinct du contrat et constitue une source propre d'obligation, il faut décider avec nous que cette responsabilité est générale et s'applique à tout fait de dol ou de faute, sans qu'il y ait aucune importance à attacher à la circonstance que le fait est ou non puni par la loi pénale. Qu'importe, en effet, cette circonstance au point de vue de la victime ? La peine est destinée à satisfaire, non la victime, mais l'intérêt social seul. Qu'il y ait peine ou non, un dommage n'en est pas moins causé, et réparation n'est pas moins due à l'intérêt privé : que je sois lésé parce que le dépositaire a par faute ou dol détérioré la chose que je lui avais confiée, ou bien que je sois lésé parce

2. — V. dans la *Revue critique*, 1886, p. p. 485-495, le remarquable article signé Lefebvre. L'auteur ne limite même pas cette idée au dol et à la faute actif ; il étend même à la faute et au dol négatif.

qu'il a détourné le dépôt, pour moi le préjudice est le même et de même nature¹.

Enfin, nous trouvons, dans la note de M. Labbé, la proposition suivante : « Le droit pénal a ses règles propres sur la capacité, et ne respecte que les incapacités naturelles ». — C'est ce que l'on ne saurait nier. Seulement il nous paraît que ces règles propres sur la capacité ne sont pas restreintes au droit pénal, mais s'appliquent d'une manière générale à la responsabilité. N'avons-nous point, dans notre *Théorie générale*, donné tous nos soins à mettre en relief cette idée : les incapacités ne sont établies qu'en ce qui concerne les obligations contractuelles ; dès qu'il s'agit d'obligations qui ne découlent point de la volonté des obligés, notamment dès qu'il s'agit de l'obligation de réparer le dommage qu'on a causé par faute ou dol, il n'y a plus qu'une capacité naturelle. Le motif donné par M. Labbé pour distinguer les faits qualifiés délits conduit donc encore à une solution générale. — D'ailleurs, serrons de près la proposition ci-dessus. Si l'obligation de réparer les suites du dol ou de la faute qualifiés délits vient de ce qu'il ne s'agit alors que d'une capacité naturelle, c'est bien, si l'on nous permet cette expression, d'une capacité de *responsabilité civile*, qu'on entend ainsi parler. Ce n'est donc pas au droit *pénal* qu'est propre cette appréciation de la capacité, mais bien à la responsabilité en elle-même. Comme

1. — Nous avons vu précisément (n° 16 ; et n° 58, 4^e note) que les Romains n'atténuaient en faveur des incapables que les conséquences pénales des actions délictuelles, mais laissaient toujours subsister intactes les conséquences civiles.

nous l'avons dit déjà, en matière de dol et de faute il n'y a point de question de capacité, mais seulement une question de responsabilité.

91. — Nous ne saurions donc nous contenter de la concession faite par nos adversaires en ce qui concerne les faits de dol et de faute punis par la loi pénale, d'autant moins que les motifs sur lesquels ils appuient cette concession nous paraît conduire à notre doctrine de la responsabilité générale des incapables pour leur dol et leur faute actifs même à l'occasion des contrats.

Un récent arrêt de la Cour de Cassation, du 23 novembre 1885 ¹, visant le cas particulier d'une femme dotale (duchesse de Bauffremont), s'attache nettement à l'existence ou à la non-existence d'un contrat, pour déclarer la femme responsable ou non responsable de son dol sur ses biens dotaux. Deux espèces, relatives à la même personne, avaient été soumises, d'abord au tribunal de Tours (17 avril et 11 décembre 1883), puis à la Cour d'Orléans (3 mars 1884).

Première espèce. — La duchesse de Bauffremont emprunte à M. Cuvier l'avance d'une somme de 10.000 fr., remboursable immédiatement par la livraison de bestiaux pris dans le troupeau d'un domaine de la duchesse, suivant l'estimation qui en serait faite par expert. Après que cet expert eut procédé aux évaluations convenues, la duchesse de Bauffremont, au lieu de faire la remise des bestiaux, opposa au sieur Cuvier les refus les plus opiniâtres. Jugement du tribunal de Tours (17 avril

1. — Sirey, 1886, I, 4. — Rapport de M. le conseiller Demangeat, et note de M. Labbé.

1883), condamnant la duchesse à des dommages-intérêts ; puis, en exécution de ce jugement, saisie par Cuvier du domaine de Fontenailles, immeuble dotal de la duchesse, laquelle demande la nullité de la saisie pour cause de dotalité. Jugement du tribunal civil de Tours, qui rejette la demande en nullité des poursuites, par la raison que l'obligation qui motive la saisie provient d'un délit ou quasi-délit. La Cour d'Orléans (13 mars 1884), sur appel de M^{me} de Bauffremont, annule le jugement et la saisie, en motivant ainsi son arrêt : Il y a eu contrat librement consenti par Cuvier, et réellement formé, puisque l'expert a fixé le prix des bestiaux ; le dol de la débitrice ne saurait donc être qu'un dol contractuel, et son obligation de réparer qu'une obligation contractuelle, par conséquent non exécutoire sur les biens dotaux. La Cour de Cassation (23 novembre 1885), sur pourvoi du sieur Cuvier, maintint l'arrêt de la Cour d'Orléans, en s'appuyant sur les mêmes motifs ¹.

Nous ne pouvons approuver la décision de cet arrêt. Toutes les circonstances de la cause ne nous sont pas connues, à la vérité. Le sieur Cuvier était-il de bonne foi ? La duchesse de Bauffremont l'avait-elle trompé sur le ré-

1. — M. Labbé (note sous l'arrêt cité) corrige dans une certaine mesure les conséquences excessives de la théorie admise par l'arrêt, et qu'il admet lui-même. La femme dotale ne répond pas sur sa dot des suites de son dol commis à l'occasion d'un contrat ; mais la victime du dol a toutefois une action *de in rem verso*, qui peut être exercée même contre la dot, jusqu'à concurrence de son augmentation de valeur. (V. aussi : Caen, 19 et 20 juillet 1866, S., 67, II, 261 ; — Bordeaux, 17 juin 1874, S., 75, II, 132 ; — Cass. 10 juin 1885, S., 85, I, 345).

gime matrimonial auquel ses biens étaient soumis ? Avait-elle, dès l'instant de la formation du contrat, l'intention de l'inexécuter. N'avait-elle provoqué la convention que dans le but d'en profiter injustement en circonvenant son co-contractant ? Voilà autant de points qui nous sont inconnus. Mais nous n'en avons pas moins le droit de critiquer la décision de la Cour de Cassation ; car, fût-il affirmativement répondu à ces questions, notre critique n'en serait que mieux fondée.

Supposons donc, pour mettre les choses au pire, que le demandeur connaissait la dotalité du domaine de Fontenailles. La nature particulière de l'incapacité de la femme dotale fait qu'elle contracte valablement, mais que ses obligations contractuelles ne peuvent être poursuivies sur ses biens dotaux. Elle a donc valablement assumé l'obligation de livrer les bestiaux. Que l'inexécution volontaire et malicieuse de cette obligation constitue un dol, c'est ce que l'on ne saurait nier. De ce dol naît une obligation, celle de réparer le dommage ainsi causé, et cette obligation est délictuelle, comme toutes celles qui ont pour cause un dol ; l'exécution doit donc en être possible sur les biens dotaux ¹.

Deuxième espèce. — Dans le courant du même mois où la duchesse de Bauffremont avait fait avec Cuvier la con-

1. — S'il s'agissait de tout autre incapable, dont l'incapacité de contracter est générale, la question changerait considérablement : le co-contractant n'ayant point été trompé sur l'incapacité, le refus d'exécution de la part de l'incapable ne serait que l'exercice d'un droit. — La femme dotale, elle, s'est valablement obligée, puisque l'objet de son obligation n'était pas, il faut le supposer, un bien dotal et inaliénable.

vention dont nous venons de parler (oct. 1881), Cuvier vendit à la duchesse de Bauffremont des têtes de bétail livrées immédiatement, moyennant un prix à fixer par dire d'expert. Ce prix ne put être fixé, la duchesse se refusant malicieusement à faire procéder à l'évaluation convenue. Elle se refusait aussi, d'autre part, à restituer les bestiaux à Cuvier. Le tribunal de Tours condamna M^{me} de Bauffremont à des dommages-intérêts (17 avril 1883), puis valida la saisie pratiquée par Cuvier sur un bien dotal, le même domaine de Fontenailles, en exécution de la condamnation prononcée (11 déc. 1883). La Cour d'Orléans, sur appel de la duchesse, confirma le jugement du tribunal de Tours. — La décision est donc tout l'opposé de celle qui fut donnée dans la première espèce. On en voit déjà la raison : la vente n'ayant pu être parfaite, faute de fixation du prix, le dol de la duchesse ne peut être considéré comme contractuel ; on est donc en présence d'un dol commis en dehors de tout contrat, entraînant par suite responsabilité de l'incapable et, pratiquement, l'exécution de l'obligation de réparer même sur les biens dotaux ¹.

Ici, nous ne critiquerons point le résultat ; c'est celui auquel nous conduit notre théorie. Mais nous ne pouvons résister au désir de critiquer le motif présenté par la Cour d'Orléans. Sous une apparence extrêmement correcte et juridique, il n'est rien moins que spécieux. Quel est, en effet, le point de départ assigné à la distinction si généralement reçue entre le dol contractuel et le dol délictuel ? Le fait par le co-contractant d'être entré en relations avec

1. — La duchesse de Bauffremont ne se pourvut pas en Cassation sur ce chef.

un incapable. Qu'importe donc que les pourparlers aient ou n'aient pas abouti ? La prétendue imprudence n'est-elle pas la même ? Nous avons trop insisté sur cette idée dans notre *Théorie générale* pour qu'il soit utile d'y revenir ici plus longuement.

D'ailleurs, même en ce qu'elle allègue qu'il n'y a pas eu de contrat, la Cour d'Orléans nous paraît faire un raisonnement inexact. C'est ce que montre très bien M. Labbé dans sa note sous l'arrêt précité : « La Cour « détruit elle-même son raisonnement en disant que les « bestiaux étaient entre les mains de la duchesse ou de « ses gens pour son compte, à titre de dépôt. Il n'y a pas « eu vente conclue ; mais il y a eu dépôt en vue d'une « vente projetée. C'est toujours un contrat, le résultat d'un « accord de volontés ». Néanmoins, M. Labbé approuve en elle-même la décision de la Cour ; mais il la motive sur ce que le fait de la duchesse de Bauffremont constituait un délit pénal : elle avait disposé par vente de la chose déposée et s'était ainsi rendue coupable d'un abus de confiance. — Nous aussi, nous approuvons la décision, mais sans avoir besoin de la justifier par le caractère de délit pénal qu'on pouvait reconnaître au dol de M^{me} de Bauffremont.

Un arrêt de la Cour d'Agen, du 6 février 1865¹, fait une exacte application de la théorie que nous défendons, en décidant que l'exécution de l'obligation de la femme au paiement de la différence résultant d'une revente faite à sa folle enchère, peut être poursuivie sur ses biens do-

1. — Sirey, 1865, II, 240,

taux, lorsque la femme a agi de mauvaise foi en se rendant adjudicataire.

En ce qui concerne la faute, la Cour de Pau rendit, le 2 juin 1880 ¹, un arrêt qu'il ne nous est pas permis d'approuver. Comme dans l'espèce de la Cour d'Agen, c'est d'une adjudication qu'il s'agit, dans laquelle une femme dotale s'est portée adjudicataire. Mais, ici, c'est sans mauvaise foi qu'elle a porté l'enchère. Illettrée, et ayant des ressources presque suffisantes, elle est restée adjudicataire en élevant de cinq francs seulement la mise à prix.

La Cour de Pau déclara la femme non tenue sur ses biens dotaux du paiement de la différence résultant de la revente faite à sa folle enchère. Sans doute, la faute était minime; mais enfin, c'était une faute, et une faute active.

Il est vrai qu'une pareille faute n'est possible qu'à l'occasion du contrat d'adjudication. Mais, d'abord, la femme était capable de contracter, donc d'assumer l'obligation de diligence et de réflexion qui incombe à quiconque veut s'obliger. Et enfin, dans l'adjudication, le propriétaire ne choisit pas sa contre-partie; se présente qui veut, et il n'était pas libre d'écarter la femme dotale. Nos adversaires ne sauraient donc même pas parler d'imprudence.

92.— III.— **Conséquences de la responsabilité des incapables pour leur dol et leur faute à l'occasion des contrats.** — Lorsqu'un dommage est causé par dol ou faute en dehors de tout contrat, la conséquence de la res-

1. — Sirey, 1882, II, 249, — et l'une des principales notes de M. Labbé sur la matière. — V. aussi : Nîmes, 11 janvier 1878, (S., 79, II, 182).

pensabilité est bien simple à indiquer : l'auteur du dol ou de la faute doit exactement la réparation du préjudice qu'il a causé, et cette réparation consiste en des dommages-intérêts, en une somme d'argent à payer à la victime. Que l'auteur du dol ou de la faute soit un capable ou incapable, la conséquence de la responsabilité ne saurait changer.

En est-il de même lorsqu'il s'agit du dol ou de la faute commis à l'occasion des contrats ? Entre personnes capables, voici comment les choses se passent : si le dol a été la cause déterminante du contrat, celui qui en a été victime a droit à la nullité de la convention (art. 1116), sans préjudice des dommages-intérêts qui peuvent lui être alloués ; — si le dol n'a porté que sur l'une des circonstances accidentelles du contrat, il n'est point une cause de nullité (argt. à *contrario* de l'art. 1116), mais la victime a droit à des dommages-intérêts. Il n'est question, dans tout cela, que du dol dans la formation du contrat. — Le dol dans l'exécution ne sera jamais une cause de nullité du contrat ¹ ; cela se comprend aisément : d'abord ce dol n'aura jamais déterminé le contrat, et ensuite il réside précisément dans le fait d'empêcher l'exécution régulière, de sorte que ce dont se plaint la victime, c'est non pas de l'existence, mais de la violation du contrat. Elle réclamera donc et l'exécution de la convention et la condamnation à des dommages-intérêts. Quant à la faute,

1. — Indirectement il pourrait être une cause de résolution du contrat, s'il consistait à se refuser à l'exécution (art. 1184).

elle ne donnera lieu, en principe, qu'à des dommages-intérêts ¹.

Reste à rechercher si ces règles ne comportent aucune modification dans leur application aux incapables et tout au moins à en montrer le fonctionnement et les résultats dans leur combinaison avec les effets de l'incapacité. Supposons donc un dol ou une faute commis dans un contrat par un incapable.

S'il s'agit d'un dol ou d'une faute dans l'exécution, nous ne rencontrons point de difficulté spéciale. La responsabilité de l'incapable une fois établie conformément aux règles que nous avons posées, il devra être condamné à des dommages-intérêts comme une personne capable. Sans doute, il pourra bien encore demander et obtenir la nullité du contrat pour incapacité, s'il a contracté en dehors des bornes de sa capacité et sans être habilité ; mais l'annulation du contrat n'empêchera pas qu'il ait causé un dommage par sa faute ou son dol actifs : la cause de son obligation de réparer n'étant point dans le contrat, qu'importe que ce contrat soit annulé ou maintenu ? C'est une idée que nous avons été amené à développer suffisamment dans notre *Théorie générale* (n° 34 ; v. aussi n° 44).

Le point qui demande ici une étude particulière est celui du dol dans la formation du contrat. Débarassons-nous d'abord de celui qui n'est point spécial aux incapables : il s'agit d'un dol sur le motif, ou sur l'objet faisant

1. — Cependant, lorsque la faute consiste dans l'ignorance des vices cachés de la chose vendue, cette faute peut, au gré de l'acheteur, donner lieu à la nullité de la vente ou à des dommages-intérêts sous forme de réduction du prix (art. 1644).

la matière du contrat, ou sur la cause du contrat¹, tous faits de dol qui, étant généralement la raison déterminante de la convention, donnent à la victime le droit d'en demander la nullité. Nous sommes donc en présence d'un contrat dont chacune des parties peut demander la nullité, ce qui ne veut pas dire qu'il s'agit d'une nullité absolue. Non ; seulement il y a concours de deux nullités relatives, l'une pour incapacité, au profit de l'incapable ; l'autre, pour dol, au profit de la victime du dol et contre l'incapable. Comment se dénouera cette situation ? Il est peu probable que l'incapable demande la nullité ; car, s'il a trompé son co-contractant, c'était vraisemblablement qu'il comptait tirer un profit du contrat. Cependant, il se peut néanmoins qu'il invoque cette nullité, soit qu'il ait fait un faux calcul, soit qu'ayant dissipé l'équivalent qu'il a reçu, il ait tout à gagner à l'annulation de la convention (art. 1312). Dans ce cas, l'autre partie intentera en même temps son action fondée sur le dol : point ne lui sera besoin de demander la nullité, puisqu'elle va être prononcée sur la demande de l'incapable ; mais il conclura à des dommages-intérêts, de sorte que, l'incapable n'eût-il point profité de l'équivalent qu'il a reçu, il n'en devra pas moins restituer la valeur, sans préjudice des dommages-intérêts possibles.

Si l'incapable ne se prévaut pas de son incapacité pour demander l'annulation du contrat, son co-contractant agira comme s'il était en présence d'un capable, et de-

1. — V. des exemples dans Bédarride, *Tr. du dol*, I, nos 53-56 ; nos 61-63 ; — nos 64 et 65.

mandera la nullité, plus peut-être des dommages-intérêts.

Que si la victime du dol n'avait pas encore exécuté le contrat, elle n'aurait qu'à se tenir sur la défensive. Sans doute elle ne pourra point se refuser à exécuter en alléguant que la convention est entachée d'incapacité; mais elle pourra s'y refuser en opposant l'exception de dol.

Nous avons supposé jusqu'ici un dol qui a été la cause déterminante du contrat. Si le dol n'a été qu'un incident dans le contrat, s'il a seulement déterminé des conditions plus onéreuses que celles qu'aurait acceptées le co-contractant sans l'erreur dans laquelle on l'a induit, les choses ne se passeront pas moins simplement que dans l'hypothèse précédente. Ou l'incapable veut le maintien du contrat et ne se prévaut point de son incapacité, auquel cas la victime du dol réclamera des dommages-intérêts; ou bien l'incapable invoque son incapacité et demande l'annulation, et dans ce cas le co-contractant n'aura rien à prétendre, puisque les choses seront, du fait même de l'incapable, remises en l'état.

Il n'aura rien à prétendre, du moins en principe. Mais il est possible cependant qu'il ait intérêt et, par là même, droit à réclamer néanmoins des dommages-intérêts. Voici dans quelles circonstances. L'annulation pour incapacité n'aboutira à remettre les choses en l'état que si l'incapable a profité de l'équivalent reçu; car, alors, il devra le restituer. Mais s'il l'a dissipé, l'annulation n'aura pour résultat que d'obliger son co-contractant à rendre à l'incapable ce qu'il en a reçu, sans obliger celui-ci à rien restituer. Or, ce prix que l'incapable a dissipé doit être décomposé en deux parties : 1° la partie correspon-

dant à peu près à la valeur réelle de la chose, et que le co-contractant aurait accepté de payer même sans le dol ; 2° la partie qui correspond au dol et que le co-contractant n'eût point accepté de payer sans le dol. La première partie du prix est perdue sans retour pour le co-contractant (art. 1312), puisque, dans cette mesure, il n'y a lieu qu'à la pure application des règles sur l'incapacité. Quant à la seconde fraction, il nous semble que l'incapable doit être condamné à la restituer, bien qu'elle ne lui ait pas profité ; car le co-contractant ne s'en serait point dessaisi sans le dol et, dans cette mesure, il n'est plus question de capacité ni d'incapacité contractuelles, mais de responsabilité pour dol.

93. — Arrivons enfin au fait de dol spécial aux incapables, à savoir celui qui consiste à tromper sur l'incapacité. Il semble à première vue qu'il n'y ait pas de raison de distinguer cette hypothèse des autres hypothèses de dol et que le jeu normal des règles sur l'incapacité et des règles sur le dol doive continuer de produire les mêmes effets : d'une part, annulation du contrat pour incapacité, si l'incapable s'en prévaut ; d'autre part, annulation du contrat pour dol, à la demande du co-contractant, s'il établit que, sans l'erreur dans laquelle il a été induit, il n'aurait pas contracté, et, en outre, droit à des dommages-intérêts.

Et pourtant, à la réflexion, une différence considérable ne tarde pas à se révéler entre cette hypothèse et les précédentes ¹. Dans toute autre hypothèse de dol, la victime

1 — Nous y avons fait allusion dans notre *Théorie générale* (n° 44)

se plaint de l'existence du contrat ; ce qui lui nuit, c'est l'état de choses établi par la convention : aussi sa prétention toute naturelle vise-t-elle l'anéantissement de cet état de choses. Au contraire, quand le dol a porté sur l'incapacité, la victime, loin de se plaindre de l'existence du contrat, se plaint au contraire de son annulation, sur laquelle elle avait droit de ne pas compter. Si elle établit que la confiance dans la capacité de son co-contractant l'a décidée à contracter, si elle prouve, en un mot, que le dol a été l'une des causes déterminantes du contrat, la conclusion toute naturelle qu'elle en tirera sera, non pas que ce contrat doit être détruit, mais qu'il doit être maintenu malgré l'incapacité de son co-contractant. Ce qui peut lui nuire, ce n'est point l'état de choses résultant de la convention, mais au contraire l'anéantissement de cet état de choses. Et sa prétention au maintien du contrat paraît d'autant plus légitime, que le dol de l'incapable se manifeste bien plutôt par la demande en nullité que par le fait d'avoir, lors du contrat, trompé sur son incapacité. Le co-contractant s'oppose à l'accomplissement d'un dol plutôt qu'il ne demande la réparation d'un dol déjà commis. Telle étant la situation, faut-il reconnaître à la victime le droit de conclure au maintien du contrat, à titre de réparation du dol, ou plutôt pour empêcher le dommage que ce dol lui causerait ? En d'autres termes, l'exception de dol serait-elle utilement opposée à l'action en nullité pour incapacité et paralyserait-elle cette action ? Serait-il permis au juge de considérer que la réparation la plus exacte du dol est le maintien du contrat lui-même, et de décider qu'il est préférable de prévenir les consé-

quences du dol que de le laisser s'accomplir, sauf à en réparer les suites ?

Délicate est la question, parce qu'elle paraît soulever un conflit entre le texte de la loi et les principes généraux du droit. Voyons d'abord où nous conduiraient les principes. La Cour de Paris les a, selon nous, nettement perçus, dans une espèce qu'elle fut appelée à trancher le 6 novembre 1866 ². Une femme mariée s'était, à l'aide de manœuvres frauduleuses, fait passer pour veuve et avait ainsi, sans l'autorisation de son mari, souscrit un billet. La femme répondit à la demande en paiement en opposant son incapacité. Le créancier répliqua par le dol dont elle s'était rendue coupable et conclut au maintien du contrat. La Cour repoussa la prétention du créancier par un arrêt fortement motivé : « Considérant que la femme
« Peycanu n'a pas été autorisée par son mari à souscrire,
« au profit de Sagné, le billet dont s'agit au procès ; que
« dès lors elle n'est pas obligée par ce billet ; —
« Considérant que.... Sagné oppose vainement que la
« femme Peycanu aurait employé des manœuvres frau-
« duleuses pour lui persuader que son mari était mort et
« qu'elle n'avait plus besoin d'autorisation pour s'obli-
« ger ; — qu'en effet on ne saurait admettre que la femme
« qui est en puissance de mari et qui est, dès lors, inca-
« pable de s'obliger sans autorisation, puisse devenir *capa-*
« *ble* par cela seul qu'elle se prétendrait veuve ; et qu'il
« n'est pas davantage admissible que la fraude qu'elle

1. — Art. 1307 C. c. .

2. — Sirey, 1867, II, 294.

« aurait employée pour faire croire à sa capacité puisse
« devenir elle-même un principe de capacité et la relever,
« en validant son obligation, de la nécessité où elle était
« de se pourvoir de l'autorisation maritale; considé-
« rant qu'il serait contradictoire d'admettre Sagné à se
« fonder, pour demander que la femme soit condamnée à
« exécuter son obligation comme valable, sur l'existence
« d'une fraude qui ne peut devenir dommageable que par
« l'annulation de cette même obligation; » Des con-
sidérants de cet arrêt ressort la théorie que nous aurions
été nous-même amené à proposer. Le dol n'empêche
point l'incapacité d'avoir existé; il ne saurait en aucune
façon la suppléer. La capacité délictuelle, qui est natu-
relle, ou mieux, la responsabilité, n'a rien de commun
avec la capacité contractuelle et ne saurait produire les
effets attachés à celle-ci. Donc, qu'on applique à chaque
source d'obligation ses règles propres. La femme était
incapable de s'obliger contractuellement : le contrat sera
annulé. Elle est responsable de son dol : aussi sera-t-elle
condamnée à des dommages-intérêts pour le dommage
que l'annulation, conséquence de son dol ¹, causera au
co-contractant.

Cette seconde proposition est expressément approuvée
par la Cour de Paris : «... Lorsque l'obligation de la

1. — L'annulation, sans doute, a bien sa cause dans l'incapacité.
Mais elle est aussi une conséquence du dol, en ce sens que, sans ce
dol, le co-contractant ne se serait point exposé à l'annulation. — Si
néanmoins il s'y était volontairement exposé, il n'y aurait plus de
responsabilité, *Volenti non fit injuria*, et par là même plus de ques-
tion.

« femme a été annulée pour défaut d'autorisation, celui
 « qui a été trompé par la femme qui a employé la fraude
 « pour lui faire croire qu'elle n'avait pas besoin d'autori-
 « sation, peut trouver, dans la *cause* de l'annulation de
 « l'engagement contracté par la femme, le principe d'une
 « action principale ou subsidiaire en dommages-intérêts
 « ou en restitution ». Que si néanmoins la Cour n'alloue
 pas des dommages-intérêts à Sagné, c'est uniquement
 parce que Sagné n'en avait point fait l'objet d'une de-
 mande subsidiaire.

Le projet de Code civil allemand adopte littéralement ce point de vue : « Les auteurs du projet ont cru inutile
 « de reproduire la disposition de l'article 7 de la loi de
 « 1875, relative à l'hypothèse où le mineur a employé des
 « manœuvres frauduleuses pour faire croire à sa pleine
 « capacité. Ils ont considéré comme allant de soi, d'après
 « les principes, d'une part, que *cela est sans influence sur*
 « *la validité de l'acte* auquel le mineur a participé, et,
 « d'autre part, que le mineur est tenu à la réparation du
 « préjudice qui en résulte pour son co-contractant ¹ ».

94. — Ce n'est point là pourtant l'idée qui semble pré-
 valoir dans la doctrine, en France. La plupart des auteurs
 ramènent l'obligation de réparer le dol au maintien du
 contrat ². Voici leur raisonnement. Sans doute, malgré le
 dol, le vice d'incapacité n'affecte pas moins l'obligation

1. — *Analyse de la Partie générale du Projet de Code civil alle-
 mand*, — par M. Bufnoir, dans le *Bulletin de la Société de Législa-
 tion comparée*, février 1889, p. 155.

2. — Demolombe, IV, nos 327 et 328 ; — Larombière (*Oblig.*, V, sous
 art. 1307, n° 3 et 4 ; — Aubry et Rau, V, par. 472, *in fine*. — Grenoble,

conventionnelle ; mais, comme l'incapable est responsable de son dol et qu'il doit, pour cette cause, des dommages et intérêts à l'autre partie, le mieux est de ne pas donner suite à l'action en nullité, puisque le maintien du contrat est la réparation la plus simple et la plus exacte, le dédommagement le plus naturel du dol qui a été commis.

Ainsi, pour n'être pas amené à réparer le dommage que causerait l'annulation, on supprime l'annulation elle-même. C'est le triomphe du régime préventif. Le moyen est radical ; mais est-il légitime, est-il juridique ?

Il est d'abord permis de s'étonner qu'une obligation de réparer puisse naître avant que le dommage ne soit causé. Le dol ne suffit point par lui-même à créer une obligation ; la véritable source de l'obligation est même plutôt le dommage que le dol, ou, si on le préfère, c'est le dommage résultant du dol. Or, le dommage n'existe pas encore, et l'effet ne saurait précéder la cause. Telle est la situation au point de vue théorique et abstrait.

Mais la raison qu'on invoque, ou plutôt l'explication qu'on donne (car c'est à peine si l'on paraît douter de la certitude du système), c'est une considération pratique. Le dommage n'est point encore causé ; mais il va l'être incessamment, puisque l'incapable demande l'annulation

21 décembre 1822, et Cass. 15 juin 1824 (Daloz, *Jurispr. gén.*, X, p. 138). — Dans notre ancien droit, Pothier (*Tr. de la Puiss. marit.* n^{os} 28 et 54) donne bien cette solution, à propos de la femme mariée ; mais il suppose que cette femme passe très généralement pour veuve et qu'elle-même, peut-être, se croit telle. Alors, dit-il, il faudrait annuler trop de contrats, et il est prudent, dans l'intérêt du crédit de la femme elle-même, de la considérer alors comme capable : *Error communis facit jus* (V. n. 79).

de son engagement. N'est-il point sage, dès lors, de refuser l'annulation, et n'est-ce point en cela que consistera la réparation la plus *exacte* et la plus *naturelle* du dol ?

La plus exacte ? — Cela n'est pas certain. Il est possible que l'incapable ait intérêt à l'annulation, sauf à payer des dommages et intérêts, et que, d'autre part, le co-contractant n'éprouve point par l'annulation un dommage dont l'évaluation équivaille au maintien du contrat. En d'autres termes, il se peut que l'incapable souffre plus du maintien du contrat que de l'indemnité qu'il serait tenu de payer et, en sens inverse et correspondant, il se peut que le co-contractant gagne au maintien de ce contrat, obtienne ainsi plus que ne lui procurerait l'obligation de réparer, ce à quoi ne doit pas aboutir une obligation de ce genre. Et ce résultat est d'autant plus probable que, si l'incapable se prévaut de la nullité, c'est que la convention a été désavantageuse pour lui. Sans doute, il sera toujours, en prenant pour exemple une vente, tenu de restituer le prix, et les dommages et intérêts qu'il pourra être condamné à payer en sus sont de nature à faire croire que l'annulation sauf réparation est en somme un résultat plus sévère pour lui que le maintien du contrat. Mais ce n'est là qu'une illusion, ou du moins cette conséquence n'est pas fatale : d'abord, l'acheteur qui recouvre son prix intégral ne souffre pas un dommage bien considérable, et l'indemnité que néanmoins il obtiendra de ce chef peut être bien inférieure à l'intérêt que possède sans doute l'incapable à recouvrer sa chose, sans quoi il ne demanderait pas la nullité, sachant fort bien qu'il sera tenu de réparer les conséquen-

ces de son dol ; ensuite, l'incapable n'est point seul en cause, il peut avoir des créanciers, dont l'intérêt à l'annulation est considérable, et nous sommes ainsi amené à apprécier l'exactitude de la seconde qualité attribuée par nos adversaires au procédé de réparation qui consiste dans le maintien du contrat.

Cette réparation, disent-ils, est la plus naturelle. — Nous ne craignons point d'affirmer que rien, au contraire, n'est moins naturel ¹, en ce sens que rien n'est plus opposé aux principes généraux du droit. Quel est le mode normal d'exécution forcée ? N'est-ce pas la saisie et la vente des biens du débiteur, pour être payé sur le prix provenant de cette vente ? En d'autres termes, il n'est jamais, en principe, permis à un créancier de s'approprier en nature les biens du débiteur ² (art. 2204 et suiv., C. c.). Or, ne voit-on pas que le maintien du contrat ressemblerait singulièrement et aboutirait le plus souvent à cette appropriation ?

Sans doute il ne s'agit point encore précisément d'exécution forcée, l'obligation de réparer n'étant pas encore déterminée par le juge ; mais ne semble-t-il pas qu'on arrive indirectement au même résultat, puisque le maintien de contrat ne peut être considéré autrement que comme

1. — Nous supposons que, par cette expression, nos adversaires veulent dire « normal, conforme aux règles ». Sans quoi leur argument n'en serait pas un : ce n'est pas parce que telle solution est celle qui se présente le plus naturellement à l'esprit qu'elle est la plus juridique ni la meilleure.

2. — Sauf dans l'hypothèse de rapport de dette. (V. notre étude sur le *Rapport des dettes*, n° 24).

l'exécution de l'obligation de réparer, obligation par là même implicitement déterminée par le juge dans son existence et dans son étendue? Or, les tribunaux ont-ils le droit de transformer ainsi les conséquences normales du dol? Ces conséquences normales, nous l'avons dit déjà, conduisent au résultat suivant : obligation de réparer le *dommage causé* par dol, lequel dommage ne peut exister que par l'annulation du contrat; et cette obligation de réparer ne se traduit, dans notre droit, que par la condamnation à des dommages-intérêts. (Sect. IV du T. III, livre II, C. c., et notamment art. 1149-1151). Où les tribunaux puiseront-ils le droit de transformer ces dommages-intérêts en maintien du contrat? Que répondront-ils aux créanciers de l'incapable, qui viendront se plaindre de l'espèce de privilège qui résulterait parfois du maintien du contrat, au profit du co-contractant victime du dol?

Supposons, en effet, que le contrat tendait à transférer la propriété d'une chose appartenant à l'incapable. Maintenir le contrat, n'est-ce pas soustraire le co-contractant, qui n'est pourtant que créancier d'une indemnité, à la loi du concours?

Le maintien du contrat, qui n'est pas, quoi qu'on en dise, la réparation la plus exacte du dol, est donc bien loin aussi d'en être la réparation la plus naturelle. Outre qu'il offre ce singulier aspect d'une réparation précédant le dommage, il constitue une violation, qu'aucun texte n'autorise, de deux principes également certains dans notre droit, à savoir, le premier, que toute obligation de réparer le dommage causé par dol ou faute se traduit en dommages et intérêts; le second, que les créan-

ciers chirographaires concourent entre eux pour le paiement de leurs créances.

95. — Aucun texte, disons-nous, n'autorise en principe cette transformation. Ce n'est pas à dire que, dans telle hypothèse déterminée, la loi ne consacre pas formellement ce résultat ; et, en réalité, c'est même parce qu'il en est ainsi, qu'on a pu croire que telle était la règle générale. Pour deux catégories d'incapables, en effet, nous allons voir la loi maintenir le contrat à titre de réparation du dol qu'ils ont commis en trompant sur leur incapacité. Mais il sera aisé de constater que cette double exception est motivée par des raisons toutes particulières, et qu'en conséquence il n'est point permis de la généraliser.

La première hypothèse est celle du mineur qui a fait croire à sa majorité (art. 1307). « La simple déclaration « de majorité, faite par le mineur, ne fait point obstacle à « sa restitution ». Il résulte clairement de là que, lorsque le mineur a fait plus qu'une simple déclaration, ce dol fait obstacle à sa « restitution » ; en d'autres termes, la restitution qu'il demande lui sera refusée. Ce refus de restitution n'est pas autre chose que le maintien du contrat.

Pourquoi cette réglementation des conséquences du dol du mineur ? L'explication se trouve à la fois dans l'histoire et dans la condition juridique du mineur. On sait les difficultés considérables que soulève la combinaison des articles 1124 et 1305 C. c., le premier qualifiant le mineur d'incapable, le second paraissant, au contraire, ne lui donner que la rescision pour lésion et, par là même, le considérer comme capable de s'obliger par contrat. Dans ce débat, nous prenons fermement parti pour

la seconde opinion. Ce n'est point ici le lieu d'exposer cette controverse célèbre¹; nous devons nous borner à indiquer les grands points historiques de la condition du mineur, depuis le droit romain, en tant qu'ils peuvent éclairer la question que nous étudions en ce moment.

A Rome, le pubère mineur de vingt-cinq ans, même pourvu d'un curateur, n'était point incapable de s'obliger. Seulement, s'il se trouvait lésé, le préteur lui accordait le bénéfice de l'*in integrum restitutio*, ce qui justement supposait valable le contrat formé. Si le mineur s'était rendu coupable d'un dol en faisant croire à sa majorité, le préteur refusait l'*in integrum restitutio*, qui n'était qu'un bénéfice, une faveur. La conséquence toute naturelle et forcée de ce refus était le maintien du contrat. On n'avait point à dire que le dol du mineur rendait le mineur comme capable, puisqu'il était capable, ni que ce dol validait le contrat, puisque le contrat était valable. Ce n'était point refuser une nullité, puisqu'il n'y avait pas nullité. Rien donc de plus logique et de plus juridique que ce maintien du contrat, dont on ne pouvait dire ainsi qu'il était une transformation de l'obligation de réparer. Le préteur, en présence de la mauvaise foi du mineur, se contentait de laisser le droit civil s'appliquer simplement. On n'avait pas à reprocher à cette législation d'obliger sous cette forme à la réparation d'un dommage qui n'était pas encore causé : il ne s'agissait point précisément

1. — Voyez l'intéressante et remarquable étude de M. J. Flach, *De la Minorité* (n^{os} 49 et suiv.), qui nous paraît établir irrésistiblement la doctrine que nous adoptons nous-même.

de réparer un dommage ; non, le prêteur se désintéressait simplement du mineur coupable de dol (v. n° 71).

Tout autre était la condition de l'impubère en tutelle. Incapable de s'obliger, ce n'était point une faveur qu'il implorait, mais un droit qu'il invoquait. Le droit civil frappait de nullité l'obligation qu'il avait contractée sans l'*auctoritas* de son tuteur ; il pouvait donc invoquer cette nullité malgré son dol, parce que le dol, comme nous l'avons dit déjà, ne saurait faire disparaître l'incapacité de contracter. Seulement, il était tenu de réparer le dommage qu'il avait ainsi causé (v. n° 71).

Que devint, dans notre ancien droit, cette différence entre la condition de l'impubère et celle du mineur de vingt-cinq ans ? Sur aucun point on ne vit incertitude plus grande dans la doctrine et dans la jurisprudence ¹. Dans les pays de droit écrit, l'impubère disparut derrière le mineur de vingt-cinq ans : au sortir de l'*infantia*, on était en principe capable de s'obliger, sauf restitution en entier si l'on était lésé, jusqu'à l'époque de l'*ætas perfecta*. Dans les pays de coutume, la confusion se fit d'abord dans un sens inverse : ce fut le mineur de vingt-cinq ans qui fut assimilé à l'impubère romain et, comme lui, déclaré incapable de s'obliger par contrat. Puis, sous l'influence du droit romain, dont l'étude vint à se répandre de plus en plus et dont presque tous les textes sur notre matière visent le mineur de vingt-cinq ans, non l'impubère, une réaction fort confuse se produisit et, en définitive, on en vint au système des pays de droit écrit. Au XVIII^e siècle,

1. — V. Flach, *De la Minorité*. nos 16-20

les écrits des auteurs coutumiers présentent tous la singulière contradiction que voici : 1^o le mineur de vingt-cinq ans, pubère ou impubère, est incapable de s'obliger ; 2^o mais il ne peut, même impubère, attaquer ses engagements qu'en alléguant et prouvant la lésion. N'est-il pas évident que la seconde règle détruit la première, à moins qu'on n'entende celle-ci en ce sens que le mineur est incapable d'être lésé ? Mais c'est là certainement une expression impropre : dirait-on jamais du majeur qu'il est *incapable* d'être lésé de plus des sept douzièmes dans la vente d'immeubles ? Dans le dernier état de notre ancien droit, le mineur n'est donc pas incapable de s'obliger : il a seulement droit à la restitution pour lésion.

Le Code civil est, en ce point, la reproduction fidèle de notre droit coutumier ¹, même dans ses défauts : c'est ainsi que l'article 1124 range le mineur au nombre des incapables, puis que l'article 1305 le déclare restituable pour lésion. Notre mineur français est donc dans la même condition que le mineur de vingt-cinq ans romain, et non dans celle de l'impubère : il ne peut pas, en principe, attaquer les actes qu'il a faits seul ² par la voie de la nullité ; ses engagements sont valables, sauf restitution pour lésion. Telle est du moins notre opinion. De là, ces mots « restitution, restituable... », si fréquemment employés dans les articles 1305-1314.

1. — Sauf article 1314, qui est une innovation. Notre ancien droit admettait la restitution même dans l'hypothèse où cette disposition la refuse.

2. — Sauf ceux pour lesquels des formalités sont requises même quand ils sont faits par le tuteur.

Dès lors, un grand pas est fait dans l'explication que nous avons entreprise. Quand un mineur a trompé sur sa minorité, il résulte de l'article 1307 que son dol aboutit au maintien du contrat. Rien de plus simple, comme nous l'avons vu en droit romain. Puisque le contrat est valable, on n'a pas à dire qu'il y a transformation de l'obligation aux dommages et intérêts en validité du contrat, ni qu'on répare un dommage qui n'est pas encore causé. Ce que faisait le prêteur romain, c'est notre législateur qui le fait aujourd'hui : l'un et l'autre se désintéressent du mineur coupable de dol et laissent s'appliquer normalement les règles de la capacité contractuelle.

Nous ne portons aucune appréciation sur le système du Code civil. A Rome, il n'en était ainsi que pour le pubère mineur de vingt-cinq ans. Chez nous, il en est ainsi, puisque le Code ne distingue pas, même pour l'impubère. Est-ce avec raison que cette distinction ne se retrouve pas dans notre législation ? Nous ne voulons point le rechercher. Il nous suffit ici d'expliquer comment, du dol du mineur, résulte dans notre droit le maintien du contrat ¹.

1. — Le *Projet de Code civil allemand* considère le mineur comme un incapable proprement dit. Aussi le voit-on disposer que son dol n'empêche point l'annulation du contrat, sauf réparation du dommage causé par suite de l'annulation (v. n° 93 *in fine*).

— L'article 1312 C. c., qui concerne l'interdit et la femme mariée, parle, d'une manière générale, de « restitution ». L'expression est alors impropre dans sa généralité : exacte pour le mineur, elle cesse de l'être pour l'interdit et la femme mariée. Pour ces deux derniers incapables, c'est de nullité qu'il s'agit. Le mot « restitution », employé en ce qui les concerne, est détourné de son sens propre et traditionnel. Cette inexactitude de langage, dans l'article 1312, s'ex-

96. — La seconde hypothèse dans laquelle le dol de l'incapable qui fait croire à sa capacité produit ce résultat, est celle d'une femme dotale qui trompe sur la dotalité et a, lors de son mariage, déclaré à l'officier de l'état civil s'être mariée sans contrat. Dans ce cas, la loi du 10 juillet 1850 (art. 1391 C. c., 4^e al.) dispose que la femme « sera réputée capable de contracter dans les termes du droit commun ». La conséquence directe est le maintien du contrat.

Mais il ne fallait pas moins, on le voit, qu'une disposition législative expresse pour admettre cette conséquence du dol. La loi du 10 juillet 1850 est d'ailleurs d'une correction juridique parfaite : elle ne dit pas que l'obligation aux dommages-intérêts, obligation qui n'est point encore née, se transforme en maintien du contrat ; non, elle crée une fiction (ce que peut toujours le législateur, mais lui seul), elle considère la femme dotale comme non dotale, c'est-à-dire comme capable de contracter selon le droit commun des femmes mariées.

Et cela s'explique aisément. L'incapacité de la femme dotale n'est pas une incapacité établie par la loi : elle ne résulte que de la volonté de la femme, de l'option qu'elle a faite pour tel régime matrimonial. En un mot, c'est elle-même qui se crée incapable. La loi permet cela, mais à la condition que la femme agisse ouvertement. Si elle cache l'incapacité dont elle veut se frapper, quoi de plus juste que de la considérer comme répudiant cette incapa-

plique par la réunion, dans une même proposition, des mineurs d'une part, des interdits et des femmes mariées d'autre part.

cité 1 ? La loi ne saurait s'émouvoir d'une atteinte qui en somme ne lui est pas portée. Les autres incapables, lorsqu'ils trompent sur leur incapacité, font injure à la loi, qui a raison alors de maintenir sa légitime autorité et de décider que, quoi que fassent les particuliers, ses dispositions n'en conservent pas moins toute leur force. Rien donc de plus facilement justifiable que cette différence entre la femme dotale et les autres incapables.

97. — Voilà les deux hypothèses exceptionnelles dans lesquelles le dol qui consiste à faire croire à la capacité procure le maintien du contrat.

L'une et l'autre s'expliquent par des raisons qui leur sont propres : la première, par la condition juridique du mineur, qui n'est point proprement un état d'incapacité ; la seconde, par l'origine conventionnelle de l'incapacité de la femme dotale. Toutes deux sont prévues et réglées par des textes spéciaux (art. 1307, et loi du 10 juillet 1850).

C'est assez dire qu'il n'est pas permis de les généraliser et que, dès qu'on en sort, il faut rentrer dans le droit commun : annulation du contrat pour incapacité, sauf réparation du dommage causé par cette annulation. Telle sera donc simplement la conséquence du dol de l'interdit, des personnes pourvues d'un conseil judiciaire, de la femme mariée et même de la femme dotale en dehors du cas précis de la loi de 1850 (V. n° 83).

98. — La question de la responsabilité de l'incapable

1. — La femme, il faut le supposer, a contracté avec l'autorisation de son mari. Elle était donc capable en tant que femme mariée, et il n'y a plus en jeu que l'incapacité conventionnelle résultant de la dotalité..

pour le dol qui consiste à tromper sur l'incapacité est fréquemment soulevée en droit international privé. Un étranger atteint d'incapacité à raison, soit de l'âge, soit du mariage, soit de l'état mental, soit pour toute autre raison spéciale à chaque législation, contracte en France avec un Français, qu'il se garde d'éclairer, ou même qu'il trompe activement sur son incapacité. La situation, il est aisé de le deviner, est particulièrement favorable au dol dont nous nous occupons, l'étranger étant plus généralement inconnu qu'un national, et les moyens d'information beaucoup plus difficiles. Quelle décision devront rendre les tribunaux français saisis d'une affaire de ce genre?

Nous ne voulons pas entrer ici dans la discussion de fond de la théorie des statuts. Nous supposons admise cette règle, qui l'est en effet très généralement, au moins comme principe, à savoir que la capacité rentre dans le statut personnel et que le statut personnel est régi par la loi nationale. — D'autre part, nous considérons comme prouvé, après les développements que nous avons donnés sur ce point, que la responsabilité est bien distincte de la capacité. — Il ne s'agit plus que de combiner ces deux idées au point de vue du droit international, et de cette combinaison découlera tout naturellement la solution cherchée.

La responsabilité, disons-nous, est une idée complètement indépendante de la capacité. Doit-elle néanmoins être considérée comme rentrant dans le statut personnel? Certainement non. La responsabilité civile est, au point de vue des statuts, de même nature que la responsabilité pénale; le degré peut varier, mais l'une et l'autre inté-

ressent la sûreté publique (art. 3 C. c.). « La question
 « purement civile ne saurait être bien gravement affectée
 « par la circonstance d'une pénalité, quand on ne s'atta-
 « che qu'aux faits pris en eux-mêmes... La loi compétente
 « à cet égard est celle du lieu où le fait est intervenu.
 « C'est à elle qu'il faut recourir, non-seulement quant à la
 « cause, aux conditions et à l'étendue des dommages-in-
 « térêts, mais encore au sujet des personnes et des choses
 « dont chacun doit être responsable¹ ».

Appliquons donc distinctement à notre hypothèse et
 les règles sur la capacité, conformément à la loi étrangère,
 et les règles sur la responsabilité, conformément à la loi
 française. Le résultat sera le suivant. Le dol de l'incapable
 étranger n'empêchera point que le contrat doive
 être annulé pour incapacité, par application de la loi
 étrangère sur l'incapacité. Mais cette annulation, consé-
 quence du dol initial et achèvement de ce dol, cause un
 dommage au co-contractant français : réparation en sera
 due par l'incapable étranger, par application des règles
 que nous avons présentées comme étant celles de notre
 droit français.

Reste à savoir quel devra être le dol de l'étranger pour
 qu'il entraîne responsabilité. Or, nous venons de voir
 que c'est à la loi française qu'il faut recourir pour dé-
 terminer la cause et les conditions des dommages-intérêts.
 Il suit de là : 1° que la simple déclaration de capacité
 suffira, en règle générale, à entraîner responsabilité; —
 2° que cette règle doit comporter, en principe, l'exception
 relative au mineur.

1. — Ch. Brocher, *Traité de Droit international. privé*, n° 127.

Sur ce second point, toutefois, des explications sont nécessaires. Si l'article 1307 exige, de la part du mineur, plus qu'une simple déclaration de capacité, c'est que l'aspect de la personne physique doit mettre en garde contre une déclaration de ce genre. Il y a donc toutes raisons d'appliquer cette disposition au mineur étranger dont la loi nationale fixe, comme la nôtre, la majorité à vingt-un ans. Mais s'il s'agit d'un étranger dont la loi nationale recule la majorité au-delà de l'âge adopté par la loi française, à vingt-cinq ans, par exemple, il semble que, le même motif n'existant plus au même degré, les juges puissent tenir compte de cette différence et déclarer l'incapable tenu même de sa simple déclaration mensongère.

Quant à la sanction du dol du mineur, elle consiste, en droit français, dans le maintien du contrat (art. 1307, arg. *à contr.*). En sera-t-il de même pour le mineur étranger ? Cela dépend de la condition reconnue à ce mineur par sa loi nationale. Est-il proprement un incapable, ou bien est-il seulement, comme le mineur français, restituable pour lésion ? Au premier cas, le contrat sera annulé sur sa demande, sauf réparation du dommage ainsi causé ; car le dol ne peut remplacer la capacité. Au second cas, le contrat sera maintenu, par application de l'article 1307 (*à contr.*) ; car les conséquences de la responsabilité doivent être, comme la cause et les conditions de cette responsabilité, déterminées par la loi du pays où le dol est commis. Que si, dans le premier cas, nous décidons que le contrat doit être annulé, c'est que la condition du mineur étranger est supposée n'être pas la même que

celle du mineur français, et qu'il s'agit alors proprement d'une question d'incapacité; la condition du mineur se trouvant, par hypothèse, être la même que celle de l'interdit ou de la femme mariée, son dol doit évidemment produire les mêmes effets que le dol de ces autres incapables. Le nom propre à tel incapable n'est rien; c'est l'identité de condition juridique qu'il faut prendre en considération.

Tels sont les résultats auxquels nous ont conduit nos principes et leur combinaison avec les règles de droit international le plus généralement admises. La jurisprudence nous paraît aller trop loin, en déclarant inattaquables pour incapacité les contrats intervenus entre un français et un étranger mineur, par ce seul fait que l'étranger mineur n'a point révélé son incapacité et que le Français a été de bonne foi ¹. Décider ainsi, c'est supprimer totalement la règle *Nemo ignorare censetur conditionem ejus cum quo contrahit* ², et c'est nier aussi l'existence du statut personnel. Il faut voir là les conséquences d'une doctrine en matière de droit international privé, suivant laquelle l'intérêt français doit passer avant les règles de capacité des législations étrangères : le statut personnel est bien admis en principe, mais il est supprimé en fait par la restric-

1. — V. Cour de Cass., 16 janvier 1861 (Dall. 61, I, 193), aff. *Lizardi*, — et la note. — V. aussi : Paris, 17 juin 1834 (S. 34, II, 374); — 15 octobre 1834, (S. 34, II, 657); — 15 mars 1831 (S. 31, II, 337).

2. — Et ce n'est point là une règle de capacité, mais une règle touchant la responsabilité pour le dol dont nous nous occupons. Il n'y a donc point à se préoccuper si elle existe à l'étranger; il suffit qu'elle existe en France.

tion découlant de l'intérêt français ¹. Laurent combat vigoureusement cette singulière conception du droit ².

99. — Dans tous les cas où la responsabilité de l'incapable est reconnue, il y a lieu de se demander comment on doit traiter la convention, l'espèce de transaction, qui peut intervenir entre sa victime et lui, sur l'étendue de la réparation due.

Il faut décider que l'engagement de l'incapable n'est point valable, s'il n'a été habilité dans ce but. La source de la dette, en effet, n'est plus alors le dommage causé, mais la convention : or, les incapables ne peuvent s'obliger par contrat. A Rome, la question n'eût pas fait doute, si la réparation due avait été fixée par stipulation : il y aurait eu novation par changement dans la cause, et l'obligation de l'incapable aurait été certainement contractuelle. Mais de ce que, dans notre droit, il n'y a plus de novation par changement de cause, il ne faut pas conclure que l'obligation résultant de la transaction sur les suites d'un délit reste délictuelle. C'est bien la convention qu'invoquera la victime du dommage, en réclamant la somme fixée, et non pas le dol ou la faute. Il y a obligation contractuelle née à l'occasion d'un dol ou d'une

1. — Valette, sur Proudhon, *De l'état des personnes*, I, p. 85 ; — Demangeat, *Histoire de la condition civile des étrangers en France*, p. 373 ; — Demolombe, *Cours de Code, Napoléon*, I, n° 102.

— Bourges, 26 mai 1858 (Dall., 58, II, 478) : « L'intérêt des nationaux « qui ont stipulé de bonne foi ne saurait être sacrifié au statut personnel de l'étranger, qu'ils n'ont pas connu et ne sont pas censés « connaître ».

2. — Laurent, *Le Droit civil international*, II, nos 48-51.

faute; il faut donc être capable pour l'assumer valablement.

C'est la solution qu'a consacrée la Cour de Cassation, le 15 février 1870 ¹, en ce qui concerne la femme mariée.

Cependant, le 20 juillet de la même année ², on voit la même Cour déclarer que les engagements contractés par une femme dotale, pour la réparation du préjudice causé par ses délits ou quasi-délits, sont exécutoires sur les biens dotaux comme le seraient les condamnations prononcées contre elle pour la même cause. — Si la Cour de Cassation s'en était tenue là, il y aurait contradiction pure et simple avec l'arrêt du 15 février. Mais elle ajoute aussitôt: sauf au juge à apprécier si l'engagement ainsi contracté n'a pas excédé la mesure du préjudice causé. C'est là une restriction qui supprime la règle posée d'abord et nous ramène à la doctrine du premier arrêt, qui est à coup sûr beaucoup plus correct dans sa manière.

100. — Une dernière question s'est élevée dans la pratique, au sujet de la condamnation aux dépens prononcée contre un incapable. Le fait d'avoir soutenu un procès qu'on perd doit-il être considéré comme constituant un dol ou une faute qui entraîne responsabilité?

Quand le procès a sa source dans un fait extra-contratuel, il n'y a pas de difficulté et l'on est d'accord pour déclarer que la condamnation aux dépens est de même nature que la condamnation aux dommages et intérêts.

1. — Sirey, 1870, I, 212. — En ce sens, Larombière, *Oblig.*, sous art. 1310, n° 8; — Aubry et Rau, IV, par. 335 *in fine*.

2. — Sirey, 1871, I, 69. — V. aussi: Sourdat, *De la Responsabilité*, n° 172 *bis*.

Où la difficulté s'élève, c'est lorsque le procès a sa source dans un contrat. Les espèces soumises aux tribunaux sont toutes relatives à la femme dotale. C'est, en effet, pour cette incapable que la question présente surtout de l'intérêt, parce que son incapacité n'est susceptible de disparaître par aucune autorisation ou habilitation (sauf, bien entendu, art. 1555-1558). Supposons donc un procès soutenu par une femme dotale, et ce procès ayant sa source dans un contrat.

Et bien, même dans ce cas, il y a un point sur lequel on ne dispute pas ¹ : c'est lorsqu'on ne peut alléguer contre la femme qu'une simple faute. On convient alors que la condamnation aux dépens n'est pas exécutoire sur les biens dotaux. Nous sommes aussi de cet avis. Et comment en serait-il autrement ? La solution contraire n'aboutirait-elle pas à engager la dot pour toute condamnation aux dépens ? Car ne pourrait-on légitimement prétendre que tout procès soutenu et perdu est légalement une faute ? Le danger serait précisément celui-là, de constituer légalement en faute une personne qui en réalité n'en a point commis peut-être, et dont la prétention, au fond, était juste. La vérité de la chose jugée n'est qu'une vérité civile, si l'on nous permet cette expression ; or, en matière de responsabilité, il n'y a que la vérité naturelle qui compte. Mais on ne pourra pas même rechercher cette vérité, parce que cette recherche serait trop délicate et trop dangereuse. Il est de l'essence des procès qu'il y ait un gagnant et un perdant ; pourvu que celui-ci n'ait pas agi avec

1. — Voy. toutefois : Duranton, XV, 534.

malice, on ne saurait le considérer comme coupable : la conviction de son bon droit ne doit pas lui être reprochée¹. Car il y a, au point de vue psychologique, cette différence certaine entre la faute ordinaire et la faute, si même on peut lui donner ce nom, du plaideur qui succombe, c'est que, dans la première, on accomplit ou on néglige d'accomplir un fait sans prévoir les conséquences dommageables qui résulteront de cet acte ou de cette omission, au lieu que, dans la seconde, il n'y a pas cette imprévoyance coupable, mais bien au contraire une volonté et une réflexion précises des conséquences de ce que l'on fait, volonté et réflexion qui se résument dans le désir légitime de faire reconnaître ce qu'on croit être son droit².

Mais arrivons à l'hypothèse qui soulève la discussion. C'est de mauvaise foi et uniquement dans une intention malicieuse que le demandeur a émis une prétention qu'il

1. — Le droit romain, cependant, punissait la partie succombante, sans distinguer si elle avait ou non agi malicieusement. Ce ne fut là, dans l'origine, qu'une application de cette idée des législations primitives, à laquelle nous avons déjà fait allusion, à savoir que, aux époques où la passion domine dans le droit, on ne distingue pas entre le dol, la faute et le fait. La règle romaine, il est vrai, subsista même lorsque ces distinctions apparurent. Mais elle fut alors motivée par le désir exagéré de réprimer l'esprit de chicane. Toutefois, si le perdant était toujours puni, certaines peines ne frappaient cependant que le perdant de mauvaise foi (infamie, *sponsio dimidiæ partis*, *juramentum in litem*, *judicium calumniæ*).

2. — En ce sens : Agen, 26 janvier 1833 (S., 33, II, 159) ; — Cass., 28 février 1834 (S., 34, I, 208) ; — Rouen, 12 mars 1839 (S., 39, II, 351) ; — Agen, 6 décembre 1847 (S., 48, II, 241) ; — Cass., 19 mai 1849 (S., 49, I, 365) ; — Grenoble, 15 décembre 1864 (S., 65, II, 278).

savait n'être pas fondée, ou que le défendeur a résisté à une demande qu'en lui-même il reconnaissait légitime. La femme dotale, coupable de ce dol, doit-elle en répondre même sur ses biens dotaux? La condamnation aux dépens prononcée contre elle est-elle exécutoire sur ces biens? — Nous supposons toujours que le procès a sa source dans un contrat.

La cause de la divergence, il est facile de le prévoir, n'est autre que celle qui donne naissance à la question générale de la responsabilité des incapables pour leur dol dans les contrats. Le dol commis à l'occasion d'un contrat change-t-il de nature, et l'obligation de réparer devient-elle contractuelle? Il est alors logique de refuser l'exécution de la condamnation aux dépens sur les biens dotaux; car soutenir de mauvaise foi un procès relatif à un contrat, c'est bien certainement un dol à l'occasion d'un contrat. Ce n'est pas parce qu'on a l'habileté de se servir de moyens de procédure que le dol perdra ce caractère. Aussi voyons-nous M. Labbé donner fort logiquement la solution suivante : « Quand le procès a sa source dans un « contrat, toutes les condamnations qui en découlent, « principales ou accessoires, ont le caractère des obliga- « tions contractuelles qu'elles corroborent. Aucune d'en- « tre elles n'est exécutoire sur les biens dotaux ¹ ».

Pour nous, qui nions, au point de vue de l'existence de

1. — Note de M. Labbé, dans Sirey, 1886, I, 4, sous arrêt de Cass. du 23 novembre 1883, *aff. de la duchesse de Bauffremont*. — L'arrêt de la Cour d'Orléans, première espèce (Sirey, *loc. cit.*), applique aussi cette solution, contre laquelle il y eut pourvoi en cassation. Le pourvoi fut rejeté.

la responsabilité, toute différence entre le cas où le dol est commis à l'occasion d'un contrat et le cas où il est commis entre étrangers, nous sommes naturellement amené à déclarer que la condamnation aux dépens est exécutoire sur les biens dotaux. Le procédé de dol ne saurait pas plus modifier les conséquences logiques de notre principe qu'il ne saurait, nous venons de le voir, modifier les conséquences du principe contraire admis par nos adversaires. « L'injustice, dit M. de Ihering, a beau
« se couvrir des formes légales de la procédure, elle n'en
« conserve pas moins le caractère de délit. L'intention
« méchante existe tout comme dans le *dolus*, et le dan-
« ger pour l'adversaire est le même. Celui qui, de mau-
« vaise foi, conteste la créance d'un autre, cherche à le
« priver de ce qui lui appartient. Il en est de même de
« celui qui fait valoir une prétention qu'il sait ne pas être
« fondée. Il y a là véritablement un vol revêtu de for-
« mes légales¹ ».

D'ailleurs, nos adversaires supposent toujours que le dol vient du défendeur, qui se refuse à exécuter les obligations nées du contrat. Mais le dol peut aussi bien émaner du demandeur, qui émet des prétentions injustes, lesquelles, bien que relatives au contrat, ne rentrent pas dans ses termes. Ne sera-t-il pas alors bien difficile de soutenir que la responsabilité de ce dol présente les caractères d'une obligation contractuelle?

Reste à savoir quand est-ce qu'on pourra dire que la femme dotale a plaidé de mauvaise foi. Puisque ce n'est

1. — Ihering, *De la Faute en droit privé*, p. 15.

pas le seul fait de succomber dans l'instance qui peut établir le dol, il nous semble qu'on doit reconnaître qu'une condamnation pure et simple aux dépens ne suffit point à engager les biens dotaux ¹. Il faudra que le tribunal ait reconnu et déclaré la mauvaise foi et, en conséquence, ait alloué les dépens à titre de dommages et intérêts ².

101. — Le dol de l'incapable peut enfin consister dans le manquement volontaire à un devoir de famille. Il y a lieu alors de reconnaître sa responsabilité comme pour toute autre hypothèse de dol. D'ailleurs, même nos adversaires qui nient la responsabilité des incapables pour leur dol et leur faute dans les contrats, ne craignent point de proclamer ici cette responsabilité. Ce dol, disent-ils, n'est point un dol contractuel. Les obligations de famille dérivent en droite ligne de la loi, au même titre que l'obligation générale de ne point causer à autrui de dommage injuste. Leur violation constitue donc un délit ou un quasi-délit.

Tels sont les motifs qui ont dicté à la Cour d'Orléans son arrêt du 26 décembre 1878 ³, dans une cause retentissante. La princesse de Bauffremont, séparée de corps, ayant emmené ses enfants avec elle à l'étranger et y ayant contracté un second mariage, avait été condamnée, sur la demande du prince de Bauffremont, à ramener les enfants en France, et à les rétablir sous l'autorité de

1. — Autrement, il y aurait toujours exécution sur les biens dotaux, par le seul fait que le procès est perdu. Or, nous avons vu que le perdant de bonne foi n'est pas même en faute.

2. — En ce sens : Aubry et Rau, V, par. 538, texte et note 25.

3. — Sirey, 1879, II, 97.

leur père, dans des conditions déterminées à peine de dommages-intérêts. La Cour d'Orléans, infirmant un jugement du Tribunal de Blois (30 juillet 1878), déclara cette condamnation à des dommages-intérêts exécutoire par voie de saisie sur les immeubles dotaux de la princesse. Et cet arrêt fut maintenu par la Cour de Cassation¹. M. Labbé, dans une note sous l'arrêt d'Orléans, approuve hautement cette décision.

1. — Cass. 10 juin 1879, S., 79. I, 419.

CONCLUSION

102.— Nous nous demandions, au début de cette étude, quelle situation crée aux incapables le dol et la faute dont ils peuvent se rendre coupables.

Le résultat de nos recherches est facile à résumer :

1° Les incapables sont responsables civilement du dol et de la faute qu'ils commettent en dehors de tout lien contractuel.

2° Ils répondent également du dol et de la faute qu'ils commettent à l'occasion des contrats.

3° Mais, dans ce dernier cas, par dol et par faute, il convient d'entendre la faute et le dol actifs seulement. Pour la faute et le dol négatifs, ou vraiment contractuels, leur responsabilité n'est possible que s'ils ont valablement assumé les obligations nées du contrat.

4° La responsabilité des incapables consiste dans l'obligation de réparer le dommage causé, c'est-à-dire dans une obligation à des dommages et intérêts.— Ce principe doit être maintenu même pour le dol qui consiste à tromper sur l'incapacité, sauf deux exceptions établies par la loi (mineur, femme dotale), dans lesquelles ce dol aboutit au maintien du contrat.

Le fondement unique de notre théorie est que tout dommage oblige à réparation celui qui l'a injustement causé, pourvu qu'il y ait dol ou faute de sa part, — et que le dol

et la faute ne changent point de nature, au point de vue de l'existence de la responsabilité, suivant qu'ils sont commis entre étrangers ou entre co-contractants. A ce point de vue, toute faute et tout dol, même ceux qui consistent dans le manquement à des obligations purement contractuelles, emportent au même titre responsabilité. Si les incapables ne répondent point de cette dernière espèce de dol et de faute, c'est uniquement parce qu'ils n'ont pu assumer valablement des obligations contractuelles. Que s'ils ont valablement contracté, ils pourront être déclarés responsables même de ce dol et de cette faute.

Nous sommes heureux de trouver, dans le *Projet de Code civil allemand*, la consécration de cette idée fondamentale que, quant à l'existence de la responsabilité, il n'y a pas de distinction à faire entre le dol et la faute dans les contrats et le dol et la faute en dehors des contrats. Nous avons même vu qu'il n'admet pas de différence quant à l'étendue de l'obligation de réparer. « Le projet
« ne connaît aucune de ces théories subtiles et raffinées ;
« il les connaît si peu que, pour lui, toute faute est un délit
« civil ;.... ce que nous appelons la faute contractuelle
« est pour les auteurs du Projet un délit civil comme tous
« les autres ¹ ».

Le Projet paraît ainsi aller plus loin que nous, en qualifiant délit civil même la faute négative, que nous avons à plusieurs reprises désignée comme étant la seule et vraie faute contractuelle. Mais il n'en est rien : nous ne recu-

1. — V. *Etude sur la Théorie générale des Obligations d'après le Projet de Code civil allemand*, par M. Saleilles, — dans le *Bulletin de la Société de Législation comparée*, février 1889, p. 177.

lons nullement devant cette appellation. Que cette faute soit un délit, ce n'en est pas moins un délit résultant uniquement de l'omission d'obligations contractuelles. C'est, si on le veut, un délit contractuel ; ces expressions, certes, jurent terriblement dans nos habitudes de langage. Mais qu'importe, si les idées s'accordent ? Or, qu'est-ce qui empêche d'appeler délit contractuel le délit qui consiste uniquement dans le manquement à des obligations contractuelles, de même qu'on est convenu d'appeler délit, simplement, celui qui consiste dans la violation d'obligations légales ? Les jurisconsultes de Rome n'hésitaient pas, nous l'avons vu, à se servir de l'expression *delinquere in contractu* (n° 58).

POSITIONS

DROIT ROMAIN

PRISES DANS LA THÈSE.

- I. — Les incapables répondaient de leur dol et de leur faute en dehors des contrats.
- II. — Les incapables répondaient de la faute et du dol actifs qu'ils commettaient à l'occasion d'un contrat.
- III. — Dans les contrats de bonne foi, ils répondaient de leur faute et de leur dol actifs, bien que, n'ayant pas valablement contracté, l'action du contrat ne fût point donnée contre eux.

PRISES HORS DE LA THÈSE.

- I. — Le *correus promittendi* non associé ne peut, lorsqu'il est poursuivi, exiger la cession des actions du créancier.
- II. — Lorsque l'un des deux objets de l'alternative vient à périr par cas fortuit, le débiteur ne peut pas se libérer en payant la valeur, il doit donner l'autre objet.

- III. — Dans l'*actio negatoria*, le demandeur est toujours tenu de prouver que la servitude n'existe pas.
- IV. — L'*actio in factum* donnée à raison d'un dommage non prévu par la loi *Aquiliana* n'est pas l'*actio legis Aquiliæ utilis*.
-

DROIT CIVIL FRANÇAIS

PRISES DANS LA THÈSE.

- I. — L'article 1307 du Code civil est spécial au mineur. La femme mariée qui se déclare fille ou veuve, la femme dotale qui déclare n'être pas soumise au régime dotal, l'interdit qui déclare n'être pas frappé d'interdiction, répondent de leur simple déclaration.
- II. — Les incapables répondent de la faute et du dol actifs qu'ils commettent à l'occasion d'un contrat, alors même qu'ils n'ont pas valablement contracté.
- III. — Ils ne répondent de leur faute et de leur dol négatifs que s'ils ont valablement contracté. Toutefois, même dans ce cas, leur responsabilité ne doit pas être mesurée à la diligence d'un bon père de famille.
- IV. — Le dol de l'incapable qui trompe sur son incapacité ne fait pas obstacle en principe à la nullité du contrat pour incapacité; il entraîne simplement obligation de réparer le dommage causé.

par l'annulation.—Il n'en est autrement que pour le mineur et, dans le cas de la loi du 10 juillet 1850, pour la femme dotale : le même dol, de leur part, entraîne le maintien du contrat.

PRISES HORS DE LA THÈSE.

- I. — L'héritier mineur émancipé par mariage ne peut, sans l'autorisation du tribunal, aliéner les rentes sur l'État faisant partie de la succession, lorsque la rente est de plus de cinquante francs.
 - II. — La dot mobilière est aliénable.
 - III. — Le droit d'exercer le retrait d'indivision (art. 1408-2°) appartient aux créanciers de la femme.
 - IV. — Le droit du locataire ou fermier d'immeubles est un droit personnel immobilier.
-

DROIT CRIMINEL

- I. — La bigamie est susceptible de tentative punissable.
- II. — Il y a une question préjudicielle à l'action publique dans le cas de banqueroute simple ou frauduleuse.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

- I. — Dans le silence des époux, le régime légal de leurs

biens doit, au point de vue du droit international, se déterminer d'après leur intention.

DROIT CONSTITUTIONNEL

- I. — En matière de lois de finance, comme en toute autre matière, le Sénat a le droit d'amendement.

DROIT DES GENS

- I. — La déclaration du traité de Paris (1856), sur la course, ne met pas obstacle à la régularité d'une marine auxiliaire volontaire.

Vu par le Président de la thèse,
ALBERT DESJARDINS

Vu par le Doyen,
COLMET DE SANTERRE

Vu et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD

TABLE ANALYTIQUE

Le dol et la faute des incapables.

1. — INTRODUCTION. — Objet précis de cette étude.....	5
2 et 3. — Le dol et la faute peuvent se produire, soit en dehors de tout contrat, soit à l'occasion d'un contrat. — Terminologie.....	7
4. — De quels incapables il s'agit.....	9
5. — Etat de la question, dans la doctrine et dans la jurisprudence.....	11
6. — Division de l'étude et plan.....	13
7. — En quoi notre sujet se rattache intimement à la grande discussion moderne sur la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle.....	14

PREMIÈRE PARTIE

DOL ET FAUTE DES INCAPABLES EN DEHORS DES CONTRATS.

Ch. I. — Théorie générale.

8 et 9. — Les incapables doivent répondre de leur dol et de leur faute en dehors des contrats. Il en était ainsi en droit romain, et cela est également certain aujourd'hui. — La condition de l'impubère romain fournit l'occasion d'une théorie générale de la responsabilité des incapables. — <i>Doli capacitas</i>	19
10. — Pourquoi ne point fixer un âge précis où commencerait la capacité délictuelle, alors qu'on recourt à ce procédé en matière de capacité contractuelle..	21
11. — <i>Culpæ capacitas</i> . — Comme la <i>capacitas doli</i> , elle reste une capacité naturelle.....	22
12. — Puisque les incapables répondent de leur faute, c'est-	

à-dire du dommage qu'ils causent sans intention de nuire, pourquoi ne les pas déclarer responsables même de leur simple fait?.....	24
13. — La responsabilité des incapables ne doit pas être présentée comme une exception à leur incapacité.	25
14. — La responsabilité juridique et la responsabilité naturelle sont inséparables.....	28

Ch. II. — Droit Romain.

15. — Les incapables répondaient de leur dol et de leur faute en dehors des contrats. — Étude des règles sur ce point à l'occasion de l'impubère. Sa responsabilité pour son dol et sa faute sous forme de délit spécial (<i>furtum, rapina, injuria, damnum legis Aquiliæ</i>).....	29
16. — Toutefois, certains tempéraments étaient apportés en faveur de l'impubère aux conséquences normales des actions résultant de ces délits; mais ces tempéraments ne touchaient que les conséquences pénales	32
17. — Responsabilité de l'impubère même pour le dol qui ne revêtait pas la forme d'un délit spécial. — <i>Actio de dolo</i> donnée contre lui. Toutefois, le prêteur le dispensera souvent de l'infamie.....	35
18. — Responsabilité de l'impubère même pour la faute qui ne revêtait pas la forme du délit Aquilien.....	37
19. — Responsabilité des autres incapables : femme en tutelle, mineur de vingt-cinq ans, prodigue interdit.	39
20. — <i>Furiosus</i>	41
21. — Il n'y a pas à se préoccuper spécialement, en droit romain, de la femme mariée ni de la femme soumise au régime dotal.....	42
22. — La règle de la responsabilité des incapables pour leur dol et leur faute en dehors des contrats, indiscutable à l'époque classique, existait-elle dans le pre-	

- mier état du droit romain? — Considération qui pourrait en faire douter 45
23. — Cependant, cette responsabilité existait certainement, et même plus sévèrement encore qu'à l'époque classique 47

Ch. III. — Droit Français.

24. — *Ancien droit.* — La théorie romaine est conservée intacte 51
25. — *Code civil.* — Art. 1310, relatif au mineur. — Généralisation certaine de cette disposition : les incapables, de même qu'en droit romain et dans notre ancien droit, répondent de leur dol et de leur faute. — Doctrine de Le Sellyer relativement à l'interdit. — Réfutation..... 53
26. — Opinion suivant laquelle le fou serait tenu à la réparation du dommage qu'il cause même sous l'empire de la démence. — Cette doctrine, par là même, aboutit à la responsabilité de l'enfant en bas-âge, et, en dernière analyse, à la responsabilité du simple fait. — Réfutation..... 55
27. — Personne qui, sans être interdite, est placée dans un établissement d'aliénés, conformément à la loi du 30 juin 1838..... 58
28. — Femme mariée sous le régime dotal. — Question préalable de la nature de l'inaliénabilité dotale.... 59
29. — Doctrine suivant laquelle l'inaliénabilité des biens dotaux tient à une incapacité de la femme. — La responsabilité de la femme dotale même sur ses biens dotaux va alors sans difficulté. — Jurisprudence en ce sens..... 61
30. — Doctrine de l'indisponibilité des biens. — Sa conséquence logique est l'irresponsabilité de la femme sur ses biens dotaux. La plupart des partisans de cette doctrine permettent cependant l'exécution

même sur ces biens, en invoquant des considérations d'ordre public. — Incertitude de cette notion d'ordre public.....	65
---	----

DEUXIÈME PARTIE

DOL ET FAUTE DES INCAPABLES A L'OCCASION D'UN CONTRAT.

Ch. I — Théorie générale.

31. — A la différence de la responsabilité des incapables en dehors des contrats, leur responsabilité pour leur dol et leur faute à l'occasion des contrats est vivement contestée.....	69
32. — Première objection à la responsabilité : imprudence de la victime.....	70
33. — Réfutation.....	71
34. — Deuxième objection à la responsabilité : le contrat étant annulé pour incapacité, le dol et la faute contractuels disparaissent comme le contrat lui-même. — Réfutation.....	74
35. — Il n'y a qu'un seul dommage dont l'incapable ne soit pas tenu, encore que ce dommage puisse, en un sens, impliquer le dol : c'est celui qui résulte de l'exercice du droit de demander la nullité pour incapacité.....	76
36. — Dol spécial aux incapables, et qui consiste à tromper sur leur incapacité.....	77
37. — Troisième objection à la responsabilité : la protection résultant de l'incapacité doit être générale comme l'état d'où elle dérive et, par suite, s'appliquer aussi bien à la faute nuisible à autrui qu'à la faute nuisible à l'incapable lui-même. — Réfutation.	82
38. — Quatrième objection à la responsabilité : l'ordre public est moins gravement menacé par le dol et la	

faute dans les contrats que par le dol et la faute en dehors des contrats. — Réfutation.....	85
39. — Distinction qui a été proposée entre le dol et la faute, en se fondant sur l'idée d'ordre public. — Cette distinction doit être repoussée.....	87
40. — La distinction entre le dol et la faute dans les contrats et le dol et la faute en dehors des contrats est d'ailleurs pleine d'incertitude en elle-même : elle manque absolument de limites précises.....	89
41 et 42. — Éléments de la théorie que nous proposerons : 1 ^o Faute et dol actifs ; — faute et dol négatifs. — 2 ^o L'incapable n'a pas valablement contracté ; — il a valablement contracté.....	93
43 et 44. — I. — <i>L'incapable n'a pas valablement contracté...</i>	94
A. — Faute et dol actifs.....	95
45. — B. — Faute et dol négatifs.....	99
a. — Faute négative, ou d'omission.....	99
b. — Dol négatif, ou abstention volontaire.....	102
46 et 47. — II. — <i>L'incapable a valablement contracté.</i> — Il répond, en principe, de tout dol et de toute faute, tant négatifs que positifs.....	105
48. — Ce n'est pas à dire, toutefois, que l'incapable qui a valablement contracté soit de tous points dans la même condition que le capable. Ainsi, la théorie de la faute contractuelle, c'est-à-dire négative, ne lui est pas applicable ; il ne doit jamais être considéré comme un bon père de famille et ne répond, quant à la faute négative, que de celle qu'il n'aurait pas commise dans la gestion de ses propres affaires.....	107
49. — Application de notre théorie aux quasi-contrats.....	112

Ch. II. — Droit Romain.

50. — Le droit romain est en accord avec notre <i>Théorie générale.</i> — Division.....	113
Deschamps	19

51. — 1. — <i>Dol et faute en général.</i> — Droit romain ancien ; époque où les contrats n'étaient jamais par eux-mêmes une cause de responsabilité.....	113
52 et 53. — Mais le dol et la faute, même commis entre co-contractants, pouvaient être poursuivis par les actions de délit, pourvu que ce dol et cette faute présentassent les caractères exigés par ces actions (<i>actiones furti, rapinæ, injuriæ, legis Aquiliæ.</i> — <i>Actio de dolo</i>). Et alors les incapables en répondaient comme les capables	115
54 et 55. — Contrats de bonne foi. — Responsabilité des incapables pour leur faute et leur dol actifs, bien que l'action du contrat ne fut point donnée contre eux s'ils n'avaient pas valablement contracté.....	119
56. — Les incapables n'étaient point tenus de leur faute ni de leur dol négatifs.....	125
57. — Explication d'un texte qui donne l' <i>actio depositi</i> contre un impubère qui a reçu une chose en dépôt sans l' <i>auctoritas tutoris</i>	129
58. — Généralisation de la responsabilité de l'impubère à tous les autres incapables. — Texte précis, visant le dol et la faute commis par un mineur de vingt-cinq ans dans les contrats. Double particularité relative à cet incapable.....	131
59. — <i>Exceptio doli mali</i> opposée aux incapables.....	135
60. — Suite. — L' <i>exceptio doli mali</i> servant à corriger, dans ses résultats injustes, la règle du droit civil sur l'incapacité contractuelle.....	140
61 et 62. — II. — <i>Dol spécial aux incapables.</i> — Dol par lequel l'incapable fait croire à sa capacité. — Commentaire du titre 43 (livre II), au Code: <i>Si minor se majorem dixerit</i> — Le mineur de vingt-cinq ans n'est responsable de son dol que s'il dépasse la simple déclaration de majorité.....	144
63. — Cas où c'est le co-contractant qui, par dol ou vio-	

lence, a poussé le mineur à se donner comme majeur.....	146
64. — Déclaration de majorité faite sous la foi du serment.....	148
65. — Mineur qui se croyait majeur.....	149
66-68. — La règle écrite pour le mineur, suivant laquelle la simple déclaration mensongère ne suffit pas à entraîner responsabilité, s'applique <i>à fortiori</i> à l'im-pubère et à la femme en tutelle. — Mais, en prin-cipe, elle ne doit pas être généralisée : ainsi, elle n'est pas applicable au prodigue interdit.....	149
69. — ...ni aux incapacités établies par les sénatus-con-sultes Macédonien et Velléien.....	153
70. — Autre dol spécial aux incapables. — Au lieu de faire croire à leur capacité, ils font croire à leur habili-tation.....	156
71 et 72. — Conséquences du dol de l'incapable qui a trom-pé sur son incapacité ou sur son habilitation....	161

Ch. III. — Droit Français.

73. — A la différence de la faute et du dol en dehors des contrats, le dol et la faute commis par les incapa-bles à l'occasion de contrats font l'objet de diver-gences sérieuses.....	167
74. — I. — <i>Dol spécial aux incapables</i> , — ou dol destiné à faire croire à leur capacité.....	170
75 et 76. — <i>Ancien droit</i> . — Comme en droit romain, c'est à l'occasion des mineurs que les auteurs couvri-miers se préoccupent de ce dol. Conservation de la règle romaine : la simple déclaration de majo-rité ne suffit point à empêcher la restitution ; mais la restitution est empêchée par tout ce qui excède la simple déclaration. — Exception, toute-fois, pour le contrat de prêt d'argent ; arrêts de règlement de 1620 et 1624.....	171
77. — Faute du mineur qui se croit majeur ; il n'en est	

point tenu. — Présomption de simple faute, quand il s'agit d'un contrat où le mineur n'a point d'intérêt.....	183
78. — <i>Droit écrit.</i> — Il refusait au mineur la restitution plus facilement que le droit coutumier.....	186
79. — Silence général des auteurs coutumiers sur le même dol de la part d'incapables autres que le mineur. — Conclusion : ces incapables devaient être tenus même de leur simple déclaration de capacité.....	186
80. — <i>Code civil.</i> — Article 1307. Cet article établit une présomption absolue de mauvaise foi chez le co-contractant du mineur, lorsqu'il ne peut alléguer de la part de ce mineur qu'une simple déclaration de majorité.....	190
81. — Quand peut-on dire qu'il y a plus qu'une simple déclaration de majorité.....	192
82. — Incapables autres que le mineur — La simple déclaration de capacité les oblige à réparer, pourvu que le co-contractant ait été sincèrement trompé. Objection tirée de la publicité donnée aux incapacités. Réponse.....	197
83. — Étude spéciale de la même question en ce qui concerne la femme dotale.....	203
84. — Si les incapables répondent de leur dol consistant à faire croire à leur capacité, ce n'est point qu'il s'agisse, comme semble le dire la jurisprudence, d'un cas de dol en dehors des contrats.....	210
85. — II. — <i>Dol et faute en général</i>	214
86. — <i>Ancien droit.</i> — Responsabilité des incapables, comme en droit romain.....	214
87. — <i>Code civil</i> — Les incapables répondent de leur faute et de leur dol actifs. — Objection tirée de ce qu'il est traité en deux endroits différents du Code civil : 1 ^o du dol et de la faute dans les contrats ; — 2 ^o du dol et de la faute en dehors des contrats, — et de	

ce que la loi se montrerait moins sévère dans le premier cas que dans le second. — Réponse à l'objection.....	218
88. — Objection tirée de l'article 1310. — Réponse.....	223
89. — Objection tirée de l'article 1307. — Réponse.....	227
90. — Examen de l'opinion suivant laquelle les incapables ne répondraient civilement dans les contrats que des faits de dol et de faute constitutifs d'un délit pénal. — Cette opinion doit être repoussée.....	230
91. — Jurisprudence.....	231
92. — III. — <i>Conséquences de la responsabilité des incapables pour leur dol et leur faute à l'occasion des contrats.</i> — Dol et faute en général.....	241
93 et 94. — Suite. — Dol spécial aux incapables, c'est-à-dire destiné à faire croire à leur capacité. Ce dol n'empêche point, en principe, l'annulation du contrat pour incapacité, mais fait seulement naître une obligation à des dommages et intérêts pour le dommage causé par cette annulation.....	246
95. — Suite. — Deux cas exceptionnels où ce dol aboutit au maintien du contrat. — Mineur (art. 1307).....	255
96. — Suite. — Femme dotale, dans le cas de la loi du 10 juillet 1850.....	260
97. — Suite. — Il n'est pas permis de généraliser la décision de ces textes.....	261
98. — Incapable étranger qui trompe sur son incapacité...	261
99. — Convention tendant à déterminer l'étendue de la réparation due	266
100. — Dépens des procès dans lesquels un incapable succombe	267
101. — Responsabilité des incapables pour la violation de certaines obligations de famille.....	272
102. — <i>Conclusion</i>	274
— <i>Positions</i>	277

Imprimerie des Écoles, HENRI JOUVE, 23, rue Racine, Paris.